Die

Civilprozeßordnung

für das

Deutsche Reich

nebst

den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen

erläutert

von

Dr. J. Struckmann,
Oberlandesgerichts-Präsident in Kiel.

und

Dr. R. Koch,
Vice-Präsident des Reichsbankdirektoriums.

Fünfte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1887.

Vorwort zur ersten Auflage.

Das Bedürfniß einer gemeinsamen Ordnung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten war bereits zu einer Zeit, als noch der Deutsche Bund das jetzt geeinigte Deutschland lose verband, ein tief empfundenes und veranlaßte den Bundestag zur Niedersetzung einer Kommission in Hannover, welche freilich bei dem Fernbleiben Preußens von vornherein geringe Aussicht auf unmittelbar praktischen Erfolg bot. Der Entwurf dieser Kommission und ein inzwischen in Preußen ausgearbeiteter Entwurf lagen den Berathungen der demnächst vom Bundesrathe des Norddeutschen Bundes berufenen Kommission zu Grunde. In dem aus beinahe dreijährigen Berathungen hervorgegangenen Entwurfe der Norddeutschen Prozeßkommission traten nicht minder, als in jenem der Kommission zu Hannover die im Schooße derselben waltenden Gegensätze der verschiedenen Rechtsgebiete, welche man in zahlreichen Kompromissen zu versöhnen gesucht hatte, deutlich zu Tage. Eine schärfere Ausprägung des diese Arbeiten beherrschenden Mündlichkeits- oder richtiger Unmittelbarkeitsprinzips zeigt der sodann im preußischen Justizministerium ausgearbeitete Entwurf. Wie dieser, im Wesentlichen auf dem Norddeutschen Entwurfe fußend, sich dessen Einzelarbeit in sorgfältiger Sichtung aneignete, so haben gerade die Einzelheiten in der demnächst vom Bundesrathe des Deutschen Reichs berufenen Sachverständigen-Kommission eine weitere Durchbildung erfahren. Der Kommissions-Entwurf ist demnächst wiederum in grundsätzlichen Punkten durch Beschlüsse des Bundesraths mehrfach modifizirt worden. In dieser neuen Gestalt wurde der Entwurf dem Reichstage vorgelegt, hierauf von der dazu erwählten Kommission des Reichstags im Einzelnen durchberathen und bei grundsätzlicher Billigung mit manchen Aenderungen im Einzelnen angenommen — Vorgänge, welche noch in frischem Gedächtnisse sind.

Der Hinweis auf diese Marksteine in der Geschichte der Civilprozeßordnung genügt, um in sprechender Weise ein Wort der „Allgemeinen Begründung“ des letzten Entwurfs zu bestätigen: „Die Herstellung eines Reichsprozeßrechts für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist ein Werk von außerordentlicher Schwierigkeit.“ Eine solche Entstehungsgeschichte und die dadurch bedingte Fülle der Materialien, noch mehr aber eine andere, innere Eigenschaft des Gesetzes, welche in derselben „Begründung“ mit den Worten gekennzeichnet wird: „Die neue Prozeßordnung erfordert einen Aufbau durch die Hand des Gesetzgebers vom Fundamente aus“, erweisen die Nothwendigkeit eines Kommentars für das Verständniß der Civilprozeßordnung. Zumal im Gebiete des Preußischen Rechts wird das neue Gesetz mit seinen Prinzipien der Unmittelbarkeit und des selbständigen

Prozeßbetriebs dem Praktiker zunächst fremdartig erscheinen und sich ihm nur durch eingehendes Studium erschließen. Die Herausgeber, welche dem großen Werke seit Jahren lebhaftes Interesse zugewendet haben und in dessen verschiedenen Stadien mehr oder weniger betheiligt gewesen sind, haben in dem vorliegenden Kommentar versucht, vor Allem dem Bedürfnisse der Praxis, mit besonderer Berücksichtigung jenes Rechtsgebiets sowie der gemeinrechtlichen Bezirke innerhalb Preußens, zu genügen. Der Schwerpunkt der Arbeit fällt daher nicht sowohl in eine wissenschaftliche Ergründung oder Beurtheilung der leitenden Grundsätze, wenngleich die Verbindung mit der Prozeßrechtswissenschaft nicht verabsäumt ist; unsere Ziele waren vielmehr die Sichtung und Verarbeitung der Materialien, insonderheit der einschlagenden Stellen der Motive, jedoch unbeschadet unserer Selbständigkeit, ferner die Anknüpfung an das bestehende Recht und an die Praxis, namentlich in jenen Rechtsgebieten, der Nachweis des Zusammenhangs zerstreuter Bestimmungen, die Lösung naheliegender Zweifel, welche sich hauptsächlich bei Anwendung der Rechtsregel „Reichsrecht geht vor Landrecht" zahlreich ergeben, kurz die Aufbietung aller Mittel zur theoretisch-praktischen Erläuterung eines Gesetzes, welches den großen Schritt in das Leben noch vor sich hat. Erst der weitere Lebensweg des Gesetzes wird auch unserem Kommentar, sofern er sich überhaupt als lebensfähig erweist, reicheren Stoff zuführen.

Abgesehen von dem Einführungsgesetze waren die den Civilprozeß betreffenden Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und des zu diesem gehörigen Einführungsgesetzes, in ähnlicher Weise jedes für sich kommentirt, als unentbehrliche Ergänzung beizufügen.

Eine kurzgefaßte historische Einleitung sowie ein ausführliches Sachregister sollen mit der letzten Lieferung ausgegeben werden.

So mögen denn die deutschen Praktiker, für welche wir ein nützliches Hülfsmittel geschaffen zu haben hoffen, diesen Versuch mit Wohlwollen aufnehmen!

Berlin im Februar 1877.

Die Verfasser.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Noch vor dem 1. Oktober 1879 hat sich die Nothwendigkeit einer zweiten Auflage unseres Kommentars ergeben. Gesetzgebung und Wissenschaft sind inzwischen vereint thätig gewesen, die mit jenem Tage anbrechende neue Periode der deutschen Rechtspflege weiter vorzubereiten. Außer wichtigen Gesetzen, wie der Rechtsanwaltsordnung, dem Gerichtskostengesetz u. s. w., waren daher die zahlreichen Kommentare zur Civilprozeßordnung zu berücksichtigen, welche theils vollendet, theils

ihrer Vollendung näher geführt worden sind. Eine ganze Reihe von Streitfragen bereits begleitet die Civilprozeßordnung auf ihrem Wege in die Praxis. Neben zustimmenden Aeußerungen sind wir im Einzelnen mancher Polemik begegnet. Dem gegenüber haben wir nicht blos an den geeigneten Punkten Stellung genommen, sondern uns zugleich bemüht, wo es nöthig erschien, in gedrängter Kürze eine Uebersicht der streitenden Lehrmeinungen zu geben, um für eigene Ansichten Stützpunkte durch Bezugnahme auf hervorragende Arbeiten Anderer zu gewinnen. Noch mehr als bisher haben wir auch an die ältere Prozeßrechtswissenschaft anzuknüpfen und so die vorgetragenen Sätze zu vertiefen gesucht. In der Hauptsache aber sind wir der in der ersten Auflage befolgten Methode einer kurzen, hauptsächlich für die Praxis bestimmten Erläuterung treu geblieben. Die Vielheit der Kommentare rechtfertigt sich ja am besten durch die Verschiedenheit der möglichen Wege zu dem einen Ziel, die richtige Anwendung eines Gesetzes zu fördern, welches auf lange Zeit das Rechtsleben Deutschlands wesentlich beeinflussen wird.

Berlin im Februar 1879.

Die Verfasser.

Vorwort zur dritten Auflage.

Die schneller, als wir voraussehen konnten, nöthig gewordene dritte Auflage schreitet auf dem betretenen Wege fort. Zwar liegen noch keine Ergebnisse einer sich auf die Civilprozeßordnung gründenden Rechtsprechung vor, welche für die Erläuterung zu verwerthen gewesen wären. Aber die Zahl der Kommentare hat sich abermals vermehrt; die Mehrzahl derselben ist vollendet. Eine stattliche Reihe von Abhandlungen erörtern bereits auf dem Boden des neuen Gesetzes wichtige Spezialfragen oder kämpfen um die wissenschaftliche Grundlegung prozessualischer Institute. So war wiederum ein reiches Material zu berücksichtigen, mit dessen Hülfe wir unsere Arbeit nach der wissenschaftlichen wie nach der praktischen Seite hin gefördert zu haben glauben. Manche Ausführungen sind ergänzt und näher begründet, andere berichtigt worden. Das Buch ist somit auch an äußerem Umfange gewachsen.

Die inzwischen eingetretene räumliche Trennung der Verfasser hat zwar unser Zusammenwirken erschwert, aber nicht verhindert und unsere Solidarität nicht beeinträchtigt.

Hildesheim und Berlin im März 1880.

Die Verfasser.

Vorwort zur vierten Auflage.

Abermals hat unser Kommentar einen Schritt weiter gethan. Wie die früheren Auflagen der Gerichts- und Anwalts-Praxis ein Hülfsmittel boten, so ist jetzt die Praxis unsere Mitarbeiterin geworden. Besonders werthvoll waren für uns die Entscheidungen des Reichsgerichts, welche dem Civilprozeßrecht einen immer breiteren Raum gönnen. Aber auch die in zahlreichen Sammlungen und Zeitschriften veröffentlichten Urtheile von Landesgerichten der verschiedenen Instanzen haben vielfach Anlaß gegeben, unsere Ansichten nochmals zu prüfen und zu berichtigen. Fort und fort ist ferner die Wissenschaft thätig, tiefer in den Geist der Civilprozeßordnung einzudringen und alte und neue Streitfragen anzuregen oder zu entscheiden. Die letzten Kommentare sind vollendet; andere erscheinen in neuen Auflagen. So war wiederum der Stoff für diese Auflage ein überaus reicher, so daß der Umfang des Buchs eine bedeutende Erweiterung erfahren mußte. Im Uebrigen sind Ziel und Methode unverändert geblieben.

Hildesheim und Berlin im Dezember 1882.

Die Verfasser.

Vorwort zur fünften Auflage.

Die Pause zwischen dieser und der zuletzt vorangegangenen Auflage ist eine etwas längere geworden als bisher, zum Theil weil die Fülle der civilprozessualischen Literatur, namentlich auch der Entscheidungen es immer mehr erschwerte, ihr in dem Rahmen des Kommentars zu folgen. Aber auch die höhere Stufe, welche die wissenschaftliche Behandlung des Civilprozesses mit den großen systematischen Bearbeitungen zu erreichen im Begriff steht, hat uns nicht bestimmen können, unsere Methode zu ändern. Wir haben uns vielmehr bemüht, den Charakter unseres Buchs, welches nun einmal so, wie es ist, einen Platz in der Praxis behauptet hat, festzuhalten und unter sorgsamer Berücksichtigung aller neuen literarischen Erzeugnisse, auch der im Erscheinen begriffenen Lehr- und Handbücher, von denen freilich das ausgezeichnete Werk von Planck nur noch wenig benutzt werden konnte, insonderheit aber der Rechtssprüche des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte den Kommentar nochmals durchzuarbeiten, wobei zahlreiche Anmerkungen eine vollständige Umgestaltung erfahren haben. Der größeren Uebersichtlichkeit wegen sind die Literatur-Angaben vielfach den betreffenden Titeln ꝛc. vorangestellt worden. Obgleich der Stoff ein wesentlich reicherer ist, so ist durch Kürzungen, namentlich geschichtlichen Inhalts, durch Weglassung des Anhangs (Abdrucks der Gebührengesetze und der Rechtsanwaltsordnung) und durch knapperen Druck so viel Raum gewonnen, daß der Umfang des Werks noch eine Verminderung erfahren hat*).

Kiel und Berlin im April 1887.

Die Verfasser.

*) Ein Nachtrag (S. 1131 f.) berücksichtigt die wichtigsten Rechtssprüche und Abhandlungen, welche wegen des vorgeschrittenen Drucks nicht mehr Aufnahme finden konnten, und enthält einzelne Berichtigungen.

Erklärung der wichtigsten Abkürzungen.

A. Unter dem Text:

N. Entw. = Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund. Berlin 1870.
Entw. I. = Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung. Im Königl. Preuß. Justizministerium ausgearbeitet. Berlin 1871.
Entw. II. = Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1872 (nach den Beschlüssen der Sachverständigen-Kommission).
Entw. III. = Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1874 (nach den Beschlüssen des Bundesraths dem Reichstage vorgelegt).
Mot. = Begründung des Entw. III (Drucksachen des Reichstags. II. Legislaturperiode. 2. Session 1874—1875. Zu Nr. 6)*).
Prot. = Protokolle der Justizkommission des Deutschen Reichstags. Berlin 1876.
Sitzung 161—174 = desgleichen**).

B. In den Anmerkungen:

GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz } für das Deutsche Reich.
CPO. = Civilprozeßordnung } für das Deutsche Reich.
StrPO. = Strafprozeßordnung } für das Deutsche Reich.
KO. = Konkursordnung } für das Deutsche Reich.
EG. z. GVG. = Einführungsgesetz z. GVG.
EG. z. CPO. = " " CPO.
EG. z. StrPO. = " " StrPO.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung } für das Deutsche Reich.
GKG. = Gerichtskostengesetz } für das Deutsche Reich.
GO. f. GV. = Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher } für das Deutsche Reich.
GO. f. Z. u. S. = Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige } für das Deutsche Reich.
GO. f. RA. = Gebührenordnung für Rechtsanwälte } für das Deutsche Reich.
RTK. = Justiz-Kommission des Reichstags.
HGB. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
WO. = Allgemeine Deutsche Wechselordnung.
StrGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Preuß. AG. z. GVG. = Preußisches Ausführungsgesetz zum Deutschen Gerichtsverfassungsgesetz.
Preuß. AG. z. CPO. = Preußisches Ausführungsgesetz zur Deutschen Civilprozeßordnung.
N. E. = Entw. einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund (s. oben unter A.).
Nordd. Prot. = Protokolle der Norddeutschen Civilprozeß-Kommission.
H. E. = Entw. einer allgem. Civilprozeßordn. f. d. Deutschen Staaten. Nach den von der Deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover bei der zweiten und letzten Lesung gefaßten Beschlüssen. Hannover 1866.
Hann. Prot. = Protokolle der Kommission zu Hannover.
P. E. = Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preuß. Staat. Berlin 1864.
Preuß. AGO. = Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten.
Preuß. ALR. = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.
Hann. PO. = Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850.
Bayer. PO. = Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern. München 1869.
Württ. PO. = Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg vom 3. April 1866.
Bad. PO. = Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 18. März 1864.
Struckmann u. Koch, Preuß. AG. = J. Struckmann u. R. Koch, Die Preußischen Ausführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1879. J. Guttentag (D. Collin).
Erg. Heft. = Ergänzungsheft. Berlin u. Leipzig 1881. J. Guttentag (D. Collin).

---

*) In den abgedruckten Stellen der Motive sind die Paragraphen des Entwurfs in diejenigen des Gesetzes umgewandelt.
**) Die Prot. dieser letzten Sitzungen sind mit besonderen Seitenzahlen gedruckt.

Die Hand- und Lehrbücher von Wach, Planck, Wetzell (3. Aufl.) und Renaud (2. Aufl.), Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Aufl. Freiburg 1885, Fitting, Der Reichs-Civilprozeß. 5. Aufl. Berlin 1880, Bolgiano, Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts, sowie die Kommentare zur Civilprozeßordnung (siehe unten S. XXIII, XXIV) sind meistens lediglich nach den Namen ihrer Verfasser in den neuesten Auflagen zitirt; desgl. die Lehrbücher des Preuß. Privatrechts von Förster (Eccius) 4. Aufl.*) und Dernburg 3. Aufl. Die römischen Ziffern bezeichnen die Bände.

Das Lehrbuch von Hellmann ist zum Unterschiede von dessen Kommentar zitirt: „Hellmann, Lehrb." unter Angabe der Seite.

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1881 = „Rechtslexikon" oder „Rechtslex.".

Sammlungen von Rechtssprüchen:

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig 1880 u. flgde. Verlag von Veit & Comp.

RG. i. StrS. = Entscheidungen rc. (wie vor). Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig 1880 u. flgde. Verlag von Veit & Comp.

Rechtspr. d. RG. i. StrS. = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. München u. Leipzig 1879 u. flgde. R. Oldenbourg.

ROHG. = Entscheidungen des Bundes-, später Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofs. Bd. 1—25. Stuttgart 1871—1880. Ferd. Enke. (Bd. 1—8 in 2. Aufl. 1872—1879).

Seuffert, Arch. = J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. Bd. 1—42. Herausgegeben von H. F. Schütt. München u. Leipzig. R. Oldenbourg.

Blum, Ann. = Annalen des Reichsgerichts. Samml. aller wichtigen Entscheidungen usw. Unter Mitwirkung von K. Braun herausgegeben von H. Blum. Leipzig 1880 u. flgde.

Blum, Urth. u. Ann. = Urtheile u. Annalen, herausgeg. v. Hans Blum. Berlin 1885, 1886.

Mecke, Arch. = Archiv f. d. civilrechtlichen Entsch. d. Reichsgerichts für die gemeinrechtlichen Gebiete Deutschlands, herausgeg. von G. Fenner und H. Mecke. 3 Bde. Berlin 1880—1883.

Entsch. d. OT. = Entscheidungen des Königl. Obertribunals, herausgegeben in amtlichem Auftrage von den Obertribunals-Mitgliedern (zuletzt Sonnenschmidt, Clauswitz u. Hahn). Bd. 1—83. Berlin. Carl Heymanns Verlag.

Striethorst, Arch. = Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des K. Obertribunals gelangt sind. Herausgegeben u. red. von Th. Striethorst, Landgerichtsrath. Bd. 1—100. Berlin. J. Guttentag (D. Collin).

Zeitschriften:

Busch, Zeitschr. = Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß. Unter Mitwirkung deutscher Rechtslehrer und Praktiker herausgegeben von H. Busch. Berlin. Carl Heymann's Verlag. I—VI. 1879—1882. VII—XI von H. Busch und F. Vierhaus.

Civ. Arch. = Archiv für die civilistische Praxis. Herausgegeben von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry. Freiburg i. B. u. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Bd. 1—71.

Gruchot, Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen (früher: des Preußischen) Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht, mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts (früher mit dem Zusatze: durch Theorie und Praxis). Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow u. Küntzel. Berlin. Verlag von Franz Vahlen (früher Grote). I—XXXI. 1857 u. flgde.

Böhiker, Mag. = Böhiker, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. I—VI. 1881 u. flgde. Hannover. Helwing'sche Verlagsbuchhandlung.

Jur. Wochenschr. = Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwalt-Vereins, herausgegeben von S. Haenle und J. Johannsen, später A. Lüntzel, dann M. Kempner. Berlin 1872 usw.

D. J. Ztg. = Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Fr. Wallmann. Charlottenburg 1877 usw.

---

*) Die 5. Aufl. (1887) hat leider nicht mehr berücksichtigt werden können.

Inhalt.

Civilprozeßordnung.

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

Viertes Buch.

Fünftes Buch.

Sechstes Buch.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Siebentes Buch.

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Neuntes Buch.

Zehntes Buch.

Gesetz,

Gerichtsverfassungsgesetz.

Einführungsgesetz

Einleitung.

I.

Seit dem vierzehnten Jahrhundert war in Deutschland mit dem Eindringen der fremden Rechte an Stelle des alten öffentlichen und mündlichen Verfahrens vor Volksgerichten (Schöffengerichten)[1]) unter dem Einflusse der italienischen Praxis ein dem kanonischen Prozesse nachgebildetes, heimliches und schriftliches Verfahren vor ständigen, zum Theil mit Rechtsgelehrten besetzten Gerichten in den Gerichtsgebrauch übergegangen[2]). Auf dieser Grundlage beruhte namentlich das Verfahren bei dem im Jahre 1495 zum Schutze des gleichzeitig verkündeten ewigen Landfriedens errichteten Reichskammergericht, welches, durch die Reichskammergerichtsordnungen positiv geregelt, wiederum das Vorbild für zahlreiche Landes-Prozeßordnungen, zumal des südlichen und westlichen Deutschlands, wurde[3]). Nicht blos, um den immer lauter werdenden Klagen über die Langsamkeit des sich mühselig durch drei Instanzen hinschleppenden Prozesses zu begegnen, sondern auch vielfach angeregt und bestimmt durch die namentlich in Sachsen lebendige Opposition des einheimischen Rechts[4]), unternahm der Jüngste Reichsabschied (von 1654) eine umfassende Reform des Civilprozesses. Das Wichtigste war die Aufhebung der alten „Positionen" oder „Artikel" (§§. 34, 37) und die Verschärfung der sog. Eventualmaxime (§§. 37, 45 ff.). Auch hinsichtlich des Beweises wurden Bestimmungen getroffen, aus welchen die gemeinrechtliche Anerkennung des im sächsischen Prozesse ausgebildeten Beweisinterlokuts erwachsen ist. Diese Reformen bildeten den Ausgangspunkt einer neuen Entwickelung des Civilprozeßrechts.

Bei aller logischen Folgerichtigkeit blieb jedoch das auf dem Jüngsten Reichsabschied fußende, von der Praxis und einer reichhaltigen Doktrin bis in die feinsten Einzelheiten ausgebildete, nunmehr rein schriftliche Verfahren ein äußerst langsames und schwerfälliges und vermochte weitaus nicht, den Ansprüchen der Rechtsuchenden zu genügen[5]). Auch die partikulären Prozeßordnungen, welchen

---

1) Unger, Die altdeutsche Gerichtsverfassung. Göttingen 1842. Maurer, Gesch. des altdeutschen u. namentlich altbairischen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gem. Rechts in geschichtlicher Entwickelung. IV. Bonn 1868. V 1 (1871). Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879. I S. 123 ff., 133 ff. Schultze, Privatrecht u. Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. Freiburg u. Tübingen 1883. I S. 97 ff.

2) Mittermaier im civ. Arch. 11 S. 124 ff.

3) Wetzell S. 6, 7; v. Bar in v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft 3. Aufl. (1877) S. 603.

4) Wetzell S. 22 ff., v. Bar, Das deutsche Civilprozeßrecht. Leipzig 1880. S. 17.

5) Eine treffende kurze Kritik des gemeinrechtlichen Verfahrens s. bei Wach I S. 131 ff.

fortan die gesetzliche Fortbildung des Civilprozesses zufiel[6]), suchten wohl im Einzelnen zu bessern, verharrten jedoch in allen wesentlichen Punkten bei den Grundgedanken des gemeinen schriftlichen Prozesses und konnten dessen Hauptmängeln somit nicht entgehen. Erst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts zeigt sich mit dem allgemeinen Aufschwunge des geistigen Lebens in Deutschland auch auf diesem Gebiete eine frischere Bewegung, und es beginnt eine Reformperiode, welche erst jetzt ihren Abschluß gefunden hat.

II.

Einen eigenthümlichen Weg schlug die Reform des Civilprozesses in **Preußen** ein. Friedrich der Große hatte auf dieselbe sogleich nach seinem Regierungsantritte sein Augenmerk gerichtet. Während aber das bald nach Ertheilung eines unbedingten Privilegium de non appellando et evocando (v. 31. Mai 1746) unterm 3. April 1748 als allgemeine Prozeßordnung für das ganze Land publizirte Projekt eines Codicis Fridericiani Pommeranici (von **Cocceji**) noch eine sehr nahe Verwandtschaft mit dem gemeinen Civilprozeßrecht aufweist[7]), liegt dem (von v. **Carmer** entworfenen) mittels Patents vom 26. April 1781 unter dem Titel „Corpus juris Fridericianum. Erstes Buch, von der Prozeßordnung" publizirten Gesetze (das Civilrecht sollte das zweite Buch bilden) und der revidirten zweiten Ausgabe desselben, der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793, ein von den Maximen des gemeinen Prozeßrechts abweichendes Prinzip, die sog. **Inquisitionsmaxime**, zu Grunde. Der Richter sollte, ohne an die Grundsätze von der Beweislast und an die Angaben der Parteien gebunden zu sein, **von Amtswegen** durch persönliches Verhandeln mit den Parteien oder deren Vertretern[8]) die **materielle Wahrheit** ermitteln. Der Versuch entsprach nicht den anfänglich hoch gespannten Erwartungen. Das Instruktionsverfahren der Allgemeinen Gerichtsordnung erwies sich bald als schleppend und haltlos[9]).

Die Gesetzgebung der Jahre 1833 und 1846[10]) knüpfte daher, zuerst zögernd auf sachlich beschränktem Gebiete, nachher allgemein, durch Einführung der Verhandlungs- und der Eventualmaxime wieder an den gemeinen Prozeß an, näherte sich aber andererseits dem Grundsatze der **Mündlichkeit**, indem sie dem schriftlichen Vorverfahren eine **mündliche Schlußverhandlung** hinzufügte. Dieses Verfahren ist demnächst in den Jahren 1849, 1851 und 1867 auf gemeinrechtliche Gebiete ausgedehnt[11]). Die Grundzüge sind folgende[12]):

---

6) **Linde**, Lehrb. des gem. deutschen Civ.-Proz. 7. Aufl. Bonn 1850. § 29.

7) Vgl. C. F. **Koch**, Preuß. Civilprozeß. 2. Ausg. Berlin 1855. S. 81, 101 ff. Freilich sollte der Prozeß mit einem **mündlichen** Vorverfahren vor dem Kollegium **anfangen**.

8) Der ursprüngliche Zwang zum persönlichen Erscheinen ist schon durch Verordnung vom 20. September 1783 abgeschafft.

9) Vgl. **Koch** a. a. O. S. 106 ff. **Goetze**, Das neueste Preuß. Civilprozeßgesetz vom 21. Juli 1846. Berlin 1846. S. 17. Mot. z. CPO. (Entw. III) S. 6. **Abegg**, Versuch einer Geschichte der Preuß. Civilprozeßgesetzgebung. Breslau 1848. Daß dessenungeachtet der auf Grund der AGO. entwickelten Praxis das Zeugniß einer gedeihlichen Rechtspflege nicht versagt werden kann, bemerkt mit Recht **Wach** I S. 134.

10) Verordn. v. 1. Juni 1833 (GS. S. 33) u. v. 21. Juli 1846 (GS. S. 291).

11) Verordn. v. 21. Juli 1849 (GS. S. 307), v. 30. April 1851 (GS. S. 188) u. v. 24. Juni 1867 (GS. S. 885).

12) Vgl. Mot. z. CPO. S. 12, 13. Eine Kritik dieses Verfahrens s. das. S. 13—15.

Die Klage wird dem Gericht eingereicht, welches dieselbe materiell und formell prüft. Ist nichts zu erinnern, so wird der Beklagte unter Benachrichtigung des Klägers zur Klagebeantwortung aufgefordert. Derselben kann nöthigenfalls noch Replik und Duplik folgen. Ist die Instruktion geschlossen, so erfolgt von Amtswegen Ladung beider Parteien in eine Sitzung des Gerichts. Hier giebt zunächst ein Mitglied eine Darstellung der Sachlage nach Maßgabe der Schriften bzw. Protokolle auf Grund eines schriftlichen Referats. Sodann werden beide Parteien zum Worte verstattet.

Wie die Klage, so bestimmen auch die übrigen Schriften die Grenzen des Rechtsstreits. Thatsächliche Anführungen, welche nicht in der dafür bestimmten Schrift enthalten sind, gehen für die Instanz verloren. Anführungen des Gegners und von ihm produzirte Urkunden, worüber in dem nächsten Schriftsatze bzw. Protokolle eine Erklärung nicht erfolgt, gelten als zugestanden bzw. anerkannt.

Die Antretung der Beweise kann mit den betreffenden Anführungen verbunden werden. Sie muß spätestens in der mündlichen Verhandlung geschehen, soweit es sich nicht um eine Eideszuschiebung oder solche Beweismittel handelt, welche sich erst aus der stattgefundenen Beweisaufnahme ergeben haben.

Nach erfolgter Beweisaufnahme, welche das Gericht ebenfalls von Amtswegen bewirkt, werden die Parteien aufs Neue in die Audienz geladen unter der (nur monitorischen) Verwarnung, daß angenommen werde, der Ausbleibende habe zur Unterstützung seiner Behauptungen und Anträge nichts mehr anzuführen. Die Entscheidung ergeht alsdann nach Lage der Akten.

Dieselben Grundsätze beherrschen die oberen Instanzen.

III.

Seit Anfang dieses Jahrhunderts hat auch der französische Prozeß des Code de procédure civile (1806) in Deutschland erheblichen Einfluß erlangt, da er, abgesehen von den Umständen seiner Einführung, manchen von Alters her überlieferten germanischen Rechtsgedanken enthält und bei allen Mängeln doch in wesentlichen Punkten die Haupt-Nachtheile des gemeinrechtlichen Verfahrens vermeidet[13]); derselbe ist bis zum 1. Oktober 1879 geltendes Recht in den linksrheinischen Gebieten Preußens sowie in Elsaß-Lothringen und in Rheinhessen geblieben[14]). Er steht in engem Zusammenhange mit der eigenthümlichen Gerichtsverfassung. Kollegialisch gestaltete Gerichtshöfe (die ordentlichen Gerichte) bestehen nur in größeren Städten; daneben für Handelssachen ausschließlich mit Kaufleuten besetzte Handelsgerichte; im Uebrigen Friedensgerichte (Einzelrichter). Neben den Gerichten steht die Staatsanwaltschaft (öffentliches Ministerium) als Aufsichtsbehörde für die gesammte Rechtspflege. Ihr fällt die Korrespondenz

---

Ueber den Gegensatz zur reinen Mündlichkeit und gewisse Vorzüge beider Systeme s. auch Glaser, Gesammelte kleinere Schriften. Wien 1868. II S. 295 ff.; Dernburg, Abhandlungen. Frankfurt a. M. 1849. S. 243 ff.; v. Holzschuher, Der Rechtsweg. Nürnberg 1831.

13) Vgl. Wach I S. 135 ff.

14) Auch die am 15. Dezbr. 1815 publizirte Handelsgerichtsordnung für Hamburg Art. 19 verordnet, daß die Sachen von den Parteien mündlich verhandelt werden, falls das Gericht nicht ein schriftliches Verfahren vorzieht (vgl. die Schrift: Die Errichtung des Handelsgerichts in Hamburg. Hamburg 1866). Ebenso wurde in der preuß. Provinz Posen durch die (später abgeschaffte) Verordn. v. 9. Februar 1817 (GS. S. 37) ein im Wesentlichen mündliches Verfahren eingeführt.

mit in- und ausländischen Behörden zu. Ihre Beamten müssen in jeder Sitzung des Gerichts gegenwärtig sein und darüber wachen, daß das Gesetz befolgt werde. Sie geben motivirte Gutachten ab und müssen in den vom Gesetze bezeichneten Fällen ihre Anträge stellen. Den Verkehr unter den Parteien besorgen theils die Anwälte, theils die Gerichtsvollzieher, selbständige Beamte, welchen auch die Vollstreckung der Urtheile anheimfällt[15]).

Eine gerichtliche Prozeßleitung ist dem französischen Prozesse unbekannt. An das Gericht gelangt eine Streitsache erst nach beendetem Schriftwechsel.

„Wenn der Beklagte auf die vom Kläger ohne Mitwirkung des Gerichts an ihn gerichtete Aufforderung einen Anwalt bestellt hat, so können zwischen den Parteien Schriftsätze (défense, réponse) gewechselt werden, welche dem Gerichte fremd bleiben. Ist dieser Schriftwechsel erledigt, oder als erledigt anzusehen, so hat der fleißigere Theil den Gegner in eine Gerichtssitzung zu laden, welche nicht zur mündlichen Verhandlung, vielmehr nur zur Einleitung derselben bestimmt ist. Die Einleitung der mündlichen Verhandlung erfolgt aber dadurch, daß die Anwälte ihre motivirten Konklusionen (Gesuche und deren Begründung) verlesen und dieselben bei dem Gerichte hinterlegen. Die Anwälte können im Verlaufe der mündlichen Verhandlung ihre motivirten Konklusionen ändern, müssen aber die Abänderungen schriftlich zum Sitzungsprotokolle überreichen.

Das Verlesen der motivirten Konklusionen ist ein sehr bedeutungsvoller Akt. Mit diesem Akte wird die Sache dergestalt kontradiktorisch, daß kein Versäumnißurtheil ergehen kann, auch wenn der Anwalt in der zur mündlichen Verhandlung der Sache bestimmten Sitzung nicht erscheint. Die Sache erscheint mit diesem Akte aber auch zur Entscheidung reif (en état), so daß die Urtheilsfällung durch eine in der Zwischenzeit in der Person der Partei oder ihres Anwalts eintretende Aenderung nicht gehindert wird[16])."

So liegt in den conclusions motivées ein sehr starkes schriftliches Element, durch welches die mündliche Verhandlung (plaidoirie) unter Umständen sogar entbehrlich gemacht werden kann[17]).

An die Konklusionen knüpft sich auch die mündliche Verhandlung, zu welcher jede Partei die andere demnächst zu laden berechtigt ist. Indessen wurden dieselben bei den meisten rheinischen Gerichten ohne die Begründung verlesen[18]).

Die Beweisaufnahme verliert im französischen Prozesse durch die sog. Formalisirung der Beweise (Beschränkung des Zeugenbeweises u. s. w.) an Bedeutung. Wo eine Beweisaufnahme erforderlich wird, bildet sie einen getrennten Abschnitt des Prozesses, dessen Betrieb ebenfalls den Parteien anheimfällt. Dieser Abschnitt wird zwar durch ein nach Art des Urtheils mit Gründen versehenes Interlokut von dem vorangegangenen Verfahren getrennt[19]); dasselbe bindet aber weder das Gericht noch die Parteien; für Letztere gilt keine Eventualmaxime.

---

15) Ueber die Geschichte u. das Wesen der franz. Gerichtsverfassung s. Boitard, Leçons de proc. civ. Éd. 12. Paris 1876. I p. 3 sqq.; Perrot, Verfassung, Zuständigkeit u. Verfahren der Gerichte der preuß. Rheinprovinzen in bürg. Rechtssachen. Thl. 1. Trier 1842; Schlink, Komm. über die franz. Civ.-Proz.-Ordn. 2. Aufl. Bd. 1 Buch 1. Coblenz 1856.

16) So die Mot. z. CPO. S. 16, 17.

17) Der Referent der belgischen Revisionskommission bezeugt, daß in einfachen Sachen man sich auf die Vorlesung der Konklusionen und die Hinterlegung der Manualakten (dossiers) statt der gesetzlich vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung des Streits zu beschränken pflege — s. Révue de droit. intern. 1870 II p. 221. Vgl. auch Schlink a. a. O. Bd. 2 S. 558 in Verb. mit Bd. 1 S. 272 ff.; P. E. §§ 241, 341, 342; weniger scharf Bayer. PO. §§ 229 ff.

18) Vgl. Mot. z. CPO. S. 17.

19) Vgl. Mot. z. CPO. S. 33; Schlink a. a. O. Bd. 2 S. 351 ff.

Nach erhobenem Beweise können die Parteien einander wieder zur mündlichen Verhandlung laden, auf welche das Urtheil ergeht[20]).

Während man am Rhein im Ganzen von der Vortrefflichkeit der in Folge der französischen Zwischenregierung überkommenen Einrichtungen überzeugt blieb, findet in Frankreich schon seit länger als 30 Jahren eine lebhafte Reformbewegung statt, welche freilich zu einer neuen Civilprozeßordnung noch nicht geführt hat[21]). Eine scharfe Kritik des franz. Prozesses enthalten auch die Motive zur Genfer Prozeßordnung vom 29. September 1819[22]) und die des Belgischen Entwurfs einer bürgerlichen Prozeßordnung[23]). In Deutschland fanden diese Vorgänge sorgfältige Beachtung (vgl. IV, V).

IV.

Mit dem Jahre 1850 beginnt, getragen von dem allgemeinen Verlangen nach Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, eine Reihe von Partikulargesetzen, welche die Gedanken des französischen Prozesses vielfach in sich aufgenommen und mehr oder weniger mit denen des gemeinen Prozeßrechts zu verschmelzen gesucht haben[24]). Von besonderer Bedeutung ist die Bürgerliche Prozeßordnung des vormaligen Königreichs Hannover vom 8. November 1850[25]), welche wiederum in manchen Punkten auf die Genfer Prozeßordnung als Quelle zurückweist.

„In der Hannoverschen Prozeßordnung ist der Versuch gemacht worden, ein Verfahren herzustellen, welches auf den Grundlagen des gemeinen deutschen Prozesses das große freigestaltete Prozeßprinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung eines Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte mit seinen Konsequenzen in sich aufnimmt. Fundamental — — ist, daß das Hauptverfahren in zwei Abschnitte zerfällt, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der zweite den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstande hat; daß diese beiden Abschnitte getrennt und gegen einander abgeschlossen werden durch eine richterliche Verfügung, in welcher nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Prozeßstoffs diesen eröffnet wird, was und von wem zu beweisen sei; daß diese richterliche Verfügung im Sinne des deutschen Prozeßrechts ein Urtheil ist, unabänderlich für die Instanz, in welcher sie erlassen wurde[26]).

---

20) Vgl. Schlink a. a. O. Bd. 2 S. 368 ff., 460 ff.

21) Unter den Reformschriftstellern sind namentlich zu nennen: Regnard, De l'organisation judiciaire et de la proc. civile en France. Paris 1855. Seligmann, Quelles sont au point de vue juridique et au point de vue philosophique les réformes dont notre proc. civ. est susceptible? Reims 1855. Raymond Bordeaux, Philosophie de la proc. civile. Paris 1857. Vgl. ferner: De la réforme du Code de proc. civile etc. Paris 1868. S. auch Leonhardt, Zur Reform des Civilproz. in Deutschland. Erster Beitrag. Hannover 1865. S. 85 ff.

22) Bellot, Loi sur la procéd. civ. du canton de Genève. II Édit. Paris 1837.

23) Allard, Rapport, exposant les motifs du Projet. Doc. parl. Session 1869/70. Tit. 1 des Livre préliminaire (in 3 Kap. u. 56 Art.), von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit in streitigen Rechtssachen handelnd, ist als Gesetz vom 25. März 1876 publizirt. Vgl. Bormans, Code de proc. Belge. Commentaire législatif et doctr. 2. éd. Bruxelles 1877. Supplément. Bruxelles 1878.

24) Vgl. die Aufsätze v. Mittermaier im civ. Arch. 43—50; v. Arnold, Die Umgestaltung des Civilproz. in Deutschland. Nürnberg 1863.

25) Vgl. Leonhardt, Die bürg. Prozeßordn. und deren Nebengesetze. 4. Aufl. Hannover 1867.

26) Mot. z. CPO. S. 9.

Das Verfahren leidet indessen an einer gewissen Zwiespältigkeit. Auf der einen Seite hat dasselbe die freien Formen des mündlichen Verfahrens in sich aufgenommen; auf der anderen Seite ist es vielfach in der Art des schriftlichen gebunden[27]).

Die Schriftsätze, welche der mündlichen Verhandlung voraufgehen, haben eine lediglich vorbereitende Bedeutung. Was von deren Inhalt nicht mündlich vorgetragen ist, darf nicht berücksichtigt werden, und alles mündlich Verhandelte ist zu berücksichtigen, auch wenn es nicht in den Schriftsätzen enthalten ist. Andererseits ist die Eventualmaxime, welche innerhalb des ersten der beiden Prozeßabschnitte nicht gilt, im Verhältnisse des einen Abschnitts zum anderen streng festgehalten, und die Versäumnißfolgen sind in beiden Abschnitten durchgreifend verschieden[28]).

Der Prozeßbetrieb ist nicht in dem Umfange des französischen Prozesses den Anwälten und den Gerichtsvollziehern überlassen; vielmehr gelangt die Sache von vornherein durch Anberaumung eines Termins nach Erhebung der Klage in die Hände des Gerichts, und auch im Laufe des Prozesses wird vielfach durch Ansetzung der Termine von Amtswegen dafür Sorge getragen, daß — im Gegensatze zu dem französischen Desaisirungsprinzip — die Sache möglichst beim Gerichte anhängig bleibe.

Der Hannoversche Prozeß, welchem eine der französischen in vielen Punkten nachgebildete Gerichtsverfassung entspricht, erregte in Deutschland große Aufmerksamkeit[29]).

Mehr gemeinrechtlichen Traditionen schließt sich die Braunschweigische Civilprozeßordnung vom 19. März 1850 an. Die mündliche Verhandlung in derselben, wie in dem Prozeßgesetz für Lübeck vom 28. April 1862, hat nur den Charakter einer bloßen Schlußverhandlung[30]). Ein der ersteren nahestehender Versuch, die Schriftlichkeit mit der Mündlichkeit zu verbinden, ist das Oldenburgische Prozeßgesetz vom 2. November 1857, welches im Vergleich mit dem Hannoverschen Prozesse das Gebiet der Schriftlichkeit erweitert[31]). Entschieden auf dem Mündlichkeitsprinzip dagegen beruht die Badische Prozeßordnung v. 28. März 1864[32]). In Bremen, wo vorübergehend, wie in Hamburg, französisches Recht gegolten, in der Gerichtsordnung von 1820 aber nur die Privatladung sich erhalten hatte, wurde durch Verordn. v. 24. Mai 1864 ebenfalls die Mündlichkeit eingeführt. Auch die Württembergische Prozeßordnung v. 3. April 1868, die Oesterreichischen Entwürfe (1861, 1867 und 1876)[33]) und der (unvollendete) Großh. Hessische Entwurf (1867) sowie in manchen Punkten der K. Sächsische Entwurf (1864) sind Mündlichkeitsordnungen, deren nahe Beziehungen zu der bei ihrer Bearbeitung — allerdings theilweise nur als entferntere Quelle (s. unten V)

27) Vgl. Wach I S. 140.

28) Vgl. Mot. z. CPO. S. 16, 19 ff.

29) Vgl. civ. Arch. 33 S. 119 ff., 37 S. 442 ff., 43 S. 314 ff., 44 S. 100 ff., 341 ff., 45 S. 27 ff., 46 S. 48 ff.; Planck in Krit. Vierteljahrsschrift IV S. 242 ff.

30) Vgl. Wach I S. 137 ff.

31) Vgl. die Vorbem. in der Ausgabe mit Erläuterungen von Becker. Oldenburg, 1859; Wach I S. 141.

32) Vgl. über die dortige Entwickelung v. Freydorf, Erläut. der Prozeßordn. Heidelberg 1867. S. 62 ff. u. Wach I S. 141 ff.

33) Den Letzteren vergleichen mit der CPO.: v. Bar in Grünhut, Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. R. d. Gegenwart IV S. 593 ff., v. Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses usw. Wien 1877, besonders S. 289 ff.

— benutzten Hannoverschen Civilprozeßordnung nicht zu verkennen sind, während die Bayerische Civilprozeßordnung vom 29. April 1869 im Zusammenhange mit der Rechtsentwicklung in der Rheinpfalz und der Preußische Entwurf von 1864 (s. unten V), wenigstens was die Anlage und Konstruktion des Verfahrens anlangt, sich im Wesentlichen dem französischen Prozesse angeschlossen haben.

V.

In die letzten Jahre des Deutschen Bundes fallen die offenbar durch das Gelingen des Handelsgesetzbuchs (wie früher der Wechselordnung) angeregten Bemühungen des Bundes für das Zustandekommen einer gemeinsamen Civilprozeßordnung[34]).

Auf den Antrag von zehn deutschen Regierungen vom 17. Dezember 1859 trat zufolge der Bundesbeschlüsse vom 6. Februar und 17. Juli 1862 am 15. September dess. J. zu Hannover eine Kommission[35]) behufs Ausarbeitung eines Entwurfs zusammen. Sie erledigte ihre Aufgabe kurz vor dem Zusammenbruch des Bundes. Die erste Lesung wurde am 25. Juli 1864 vollendet; die zweite (u. letzte) dauerte vom 17. Februar 1865 bis zum 24. März 1866. Die Hannoversche Prozeßordnung hatte der Berathung als Leitfaden gedient. Ein Kardinalpunkt derselben, das bindende Beweisinterlokut (s. oben IV), wurde indessen aufgegeben und dafür das System der sog. Beweisverbindung (s. unten S. 290) angenommen. Im Uebrigen wurden schließlich die Einleitungsformen der Hann. PO. gebilligt; auch die Eventualmaxime in gewisser Ausdehnung und die richterliche Prozeßleitung bei anhängigen Sachen, überhaupt die wichtigsten Maximen der Hann. PO. sind, allerdings mehr oder weniger verändert, beibehalten.

Der Entwurf, welcher 689 Paragraphen enthält, verweist bei zahlreichen Punkten auf die Landesgesetzgebung und deutet damit auf die Unvollkommenheit einer nur internationalen Einigung hin[36]).

---

34) Näheres s. bei Hellweg im civ. Arch. 61 S. 75 ff. u. Wach I S. 144 ff.

35) In derselben waren vertreten: Oesterreich (Sektionschef Dr. Frhr. v. Rizy — zuletzt Vice-Präs. am obersten Gerichtshofe und Wirkl. Geh. Rath — Vorsitzender †), Bayern (Oberstaatsanwalt v. Bomhard, später Just.-Min. † — Korreferent: in 2. Les. O.A.G.R. v. Pixis †), Sachsen (O.A.G.R. Dr. Tauchnitz — Korreferent †), Hannover (Oberjustizrath Dr. Leonhardt, der spätere K. Preuß. Staats-Min. — Referent †, später Obergerichtsrath Peterssen, jetzt Reichsgerichtsrath), Württemberg (O.Tr.R. Frhr. v. Sternenfels †, später O.J.R. Frhr. v. Holzschuher †), Baden (K.G.Dir. Dr. v. Stößer, jetzt O.L.G.-Senatspräsident), Kurhessen (O.A.R. Dr. Büff †), Großh. Hessen (Geh. R. Dr. Seitz †), Mecklenburg-Schwerin (J.K.Dir. v. Scheve, später L.G.Präsident †, später der jetzige L.G.Präsident v. Amsberg), Holstein u. Lauenburg (A.G.Präs. Dr. Preußer †, später O.A.R. Dr. Brinkmann †), Nassau (Reg.-Präs. Winter †), S.Meiningen (Oberstaatsanwalt Dr. Albrecht †, später A.G.Präs. Liebmann †), Frankfurt (A.G.Präs. Dr. Nestle †). Als Sekretäre fungirten die O.G.Ass. Peterssen (s. oben) und Struckmann (der Mitverf. dieses Komm.).

36) Entw. erster Lesung mit Genehmigung der Kommission herausgegeben von den Sekretären derselben G. R. Peterssen u. J. Struckmann. Hannover 1864; Entw. zweiter Lesung, mit Genehmigung der deutschen Bundesversammlung herausgegeben v. dem Sekr. d. Komm. J. Struckmann. Hannover 1866. Die Protokolle sind seit 1862 zu Hannover in einer offiziellen, jedoch nicht in den Buchhandel gelangten Ausgabe in 17 Bänden erschienen. Auszüge aus denselben enthält: Winter, Erläuterungen zu d. Entw. einer allg. CPO. f. d. deutschen Bundesstaaten. Wiesbaden 1867. Kritiken des Entw. sind erschienen von Osterloh (Leipzig 1865),

Auf diesem, dem sog. Hannoverschen Entwurf, welcher mittels Berichts vom 30. April 1866 der Bundesversammlung vorgelegt und von dieser durch Beschluß vom 19. Mai 1866 dem Ausschusse für Errichtung eines Bundesgerichts überwiesen wurde, beruhen in den wesentlichsten Punkten die Badische und die Württembergische Civilprozeßordnung und der Hessische Entwurf (s. oben IV).

In Preußen dagegen, welches sich bei der Konferenz in Hannover nicht betheiligte, war man inzwischen selbständig vorgegangen. Schon durch den Allerh. Erlaß vom 25. Februar 1861 (JustMBl. S. 42) hatte der König die Revision des gesammten Civilprozeßrechts behufs Ausarbeitung einer gemeinsamen, wo möglich, für ganz Deutschland geeigneten CPO. angeordnet. Das Ergebniß der Arbeiten einer zu diesem Zwecke berufenen Kommission[37]) ist der im Jahre 1864 nebst Motiven veröffentlichte „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat". Das System desselben schließt sich, wie bereits bemerkt (IV), dem französischen Prozesse an, obwohl in allen Materien auch das deutsche und das preußische Recht sowie die deutsche und die preußische Rechtswissenschaft sorgfältig benutzt und im Einzelnen zur Geltung gebracht worden sind. Die Grundgedanken des franz. Prozesses aber, welche sich im Code de proc. (besonders bezüglich des materiellen Prozeßrechts) nur in Umrissen angedeutet finden, sind hier mit großer Feinheit und Konsequenz entwickelt und durchgeführt.

Ebendeshalb begegnete der Entwurf einer lebhaften Opposition, aber auch in vielen Punkten der Zustimmung[38]).

Die politischen Ereignisse des Jahres 1866 drängten indessen zu einer anderen Lösung.

VI.

Das mit den politischen Einheitsbestrebungen in Deutschland von jeher verbundene Streben nach Einheit des Rechts gelangte sogleich bei der Gründung des Norddeutschen Bundes in Art. 4 Nr. 13 der Bundesverfassung zum Ausdruck, wonach „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren" der Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterworfen wurden. Eine der ersten Aufgaben der Bundesgesetzgebung war die Reform des Civilprozesses. Auf den Antrag Preußens vom 4. September 1867 wurde durch Beschluß des Bundesraths vom 2. Oktober und vom 10. Dezember 1867 zu diesem Zwecke eine Kommission berufen, deren Berathungen am 3. Januar 1868 in Berlin von dem Bundeskanzler eröffnet wurden und mit dem Ausbruche des französischen

---

Nissen (Leipzig 1864), Meyersburg (Celle 1866), v. Bar (1867, 1868), Hinschius (1867) u. A. Vgl. auch Leonhardt, Zur Reform des Civilproz. in Deutschland. Zweiter Beitrag. Hannover 1865 u. Wach a. a. O.

37) Den Vorsitz führte der 2. Präs. des Obertrib., Wirkl. Geh. Rath Dr. Bornemann †; Mitglieder waren: der jetzige Wirkl. Geh. Rath Dr. Pape, Oberstaatsanwalt Dr. Oppenhoff † und der spätere O.L.G.Präs. Dr. Kühne †. Als Schriftführer fungirten GAss. (jetzt L.G. Direktor) Dr. Bornemann u. GAss. (jetzt Justizrath u. Rechtsanwalt) Makower.

38) Vgl. Leonhardt, Reform. Zweiter Beitrag; v. Kräwel, Bedenken über das franz. Wesen 2c. Leipzig 1865; Silberschlag in Preuß. Anw.-Ztg. 1865 Nr. 2, 6, 14, 43; v. Wilmowski das. Nr. 3 2c.; Eccius das. Nr. 22; R. Koch (hauptsächlich gegen v. Kräwel) in D. Ger.-Ztg. 1866 Nr. 12, 43 und in Schletter, Jahrb. Bd. 12 S. 134 ff., auch in Gruchot, Beitr. IX (1865) S. 191 ff. usw. S. auch Hellweg a. a. O. S. 100 ff., Wach I S. 148, 149.

Krieges in der 390. Sitzung vom 20. Juli 1870 ihre Endschaft erreichten[39]). Aus denselben ist der „Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund“ hervorgegangen, welcher zuerst bruchstückweise, dann auch im Ganzen veröffentlicht ist[40]).

Als äußerer Leitfaden war der Hannoversche Entwurf „unter fortwährender und vollständiger Berücksichtigung der im Preuß. Entwurfe enthaltenen Bestimmungen“ zu Grunde gelegt worden. Auch innerlich hat der Entwurf, wenn man ihn mit den oben erwähnten Gesetzen und Entwürfen vergleicht, am meisten Verwandtschaft mit dem H. E. (V), wenngleich er sich in wichtigen Punkten, z. B. hinsichtlich der in beschränkterem Umfange beibehaltenen Eventualmaxime, der Bedeutung des Thatbestandes im Urtheil und des Sitzungsprotokolls, der Auffassung des Rechtsmittels dritter Instanz (Nichtigkeitsbeschwerde) u. s. w., von demselben wesentlich unterscheidet. Zudem ist der Umfang des Nordd. Entw. fast doppelt so groß als der des H. E. (1178 Paragraphen gegen 689), theils weil die Regelung mehr in's Einzelne geht, theils weil die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung auf das thunlichst kleinste Maß eingeschränkt sind.

An den Nordd. Entw. hat sich eine überaus reichhaltige Literatur angeknüpft, in welcher derselbe von den verschiedensten Standpunkten aus im Ganzen oder im Einzelnen bekämpft, andrerseits aber auch vertheidigt und mehr oder weniger bedingt zur Annahme als Gesetz empfohlen worden ist[41]).

VII.

Nach Beendigung des Krieges wurde die Civilprozeß-Reform, bei welcher gehört zu werden jetzt auch die süddeutschen Staaten Anspruch hatten, unverzüglich von neuem aufgenommen. Auf Grund des Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871, welcher die entsprechende Vorschrift der Verfassung des Norddeutschen Bundes (s. VI) wörtlich wiederholte[42]),

39) Vorsitzender: der K. Preuß. Staatsminister Dr. Leonhardt † und in dessen Behinderung der K. Preuß. Obertrib.-Vicepräs. Wirkl. Geh. Rath Dr. Grimm. Mitglieder: O.Tr.R. Dr. Löwenberg †; Dr. Pape, jetzt Wirkl. Geh. Rath, Referent; O.A.G.R. Dr. Tauchnitz †; Geh. R. Dr. Seitz † [an dessen Stelle später: Aull, jetzt L.G.Präs. (Mainz)]; v. Amsberg, jetzt L.G.Präs. in Güstrow; O.A.G.R. Prof. Dr. Endemann (jetzt in Bonn); O.G.Präs. Dr. Trieps (Braunschweig) †; Dr. Drechsler (Lübeck), jetzt Sen.-Präs. d. Reichsgerichts. Protokollführer: St.G.R. Koch (der Mitverf. dieses Komm.) und O.G.Ass. Droop (jetzt Ministerial-Direktor, Wirkl. G.O.J.R.) — Die Protokolle der Kommission (in 5 Bänden mit fortlaufenden Seitenzahlen) sind als Manuskript gedruckt (Berlin 1868—1870) und nicht im Buchhandel erschienen.

40) Berlin 1870. Verlag von R. v. Decker.

41) Vgl. z. B. die betreffenden Schriften von Osterloh (Leipzig 1870), Plathner (Berlin 1870), Scheller (Berlin 1870), Gad (Berlin 1870), v. Mittelstädt (Berlin 1870), Philippi (Elberfeld 1869), Hagen (Bonn 1869), Werenberg (Berlin 1869), Fuchs (Breslau 1869) zc., die Gutachten in d. Verh. d. 9. D. Juristentags Bd. II S. 3—359, die Abh. von v. Wilmowski in Behrend, Zeitschr. f. d. Gesetzgeb. Bd. 3 S. 163 ff., Levy das. Bd. 3 S. 501 ff., Korn das. Bd. 4 S. 175 ff., v. Bar das. Bd. 5 S. 369 ff., v. Kräwel das. Bd. 6 S. 1 ff., 161 ff., Sabarth das. Bd. 6 S. 35 ff., R. Koch das. Bd. 3 S. 480 ff., 708 ff., Bd. 4 S. 16 ff., 150 ff.; von v. Kräwel in Gruchot, Beitr. XIV S. 1 ff., 161 ff., 641 ff., Silberschlag das. S. 14 ff., Medem das. S. 18 ff., 189 ff., 482 ff. usw. S. auch Wach I S. 149, 150.

42) RGBl. S. 63. Auch das Ges. vom 20. Dezember 1873 (RGBl. S. 379 — s. unten S. XIV) hat bezüglich des gerichtlichen Verfahrens nichts darin geändert.

wurde dem Bundesrath bald Gelegenheit gegeben, sich mit dem Civilprozeßrecht zu beschäftigen. Im K. Preußischen Justizministerium nämlich war der Norddeutsche Entwurf (VI) einer Umarbeitung unterzogen worden. Der hieraus entstandene, im Jahre 1871 nebst Begründung veröffentlichte Entwurf („Entw. I") weicht in wichtigen Punkten von dem Nordd. Entw. ab; so namentlich hinsichtlich der Zulassung eines Verfahrens zur Berichtigung des Thatbestandes[43]), der engeren Begrenzung des Eventualprinzips[44]) und in Verbindung hiermit einer Abschwächung der Wirkungen des Beweisbeschlusses[45]), endlich der Beseitigung der Berufung und Zulassung einer „Revision" und „Oberrevision"[46]). Soweit aber diese Prinzipen nicht in Frage kommen, sind die Bestimmungen des Nordd. Entw., wenngleich vielfach (zum Theil mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Gerichtsverfassung) in abgekürzter Gestalt, im Wesentlichen beibehalten worden.

Durch Beschluß des Bundesraths vom 8. Mai 1871 wurde nun abermals „zur definitiven Feststellung des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Deutsche Reich" eine Kommission von zehn Juristen berufen, welche ihren Berathungen jenen vom K. Preuß. Justizminister aufgestellten Entw. in Verbindung mit dem Nordd. Entw. und den sonstigen einschlägigen legislativen Vorarbeiten zu Grunde legen sollte[47]). Dieselbe berieth vom 7. September 1871 bis zum 7. März 1872. Das Resultat war: Die dem Justizministerialentwurfe zu Grunde liegenden Prinzipien wurden von der Kommission im Wesentlichen adoptirt; dagegen erfuhren die einzelnen Bestimmungen dieses Entwurfs ihrer Mehrzahl nach sowohl in sachlicher als auch in redaktioneller Beziehung Abänderungen[48]). Der von der Kommission aufgestellte Entwurf[49]) („Entw. II") gelangte sodann wieder in den Bundesrath und ist hier mehrfach geändert. Die wichtigsten Aenderungen bestehen in der Aufnahme der Zustellung durch die Post (vgl. CPO. §§ 176 ff.) und in der Wiedereinführung der Berufung an Stelle der Revision als Rechtsmittel gegen die in erster Instanz erlassenen Urtheile der Landgerichte (und der Handelsgerichte).

---

43) Vgl. Begründung S. 222 ff.

44) Das. S. 225 ff.

45) Das. S. 231 ff.

46) Das. S. 238 ff., 245 ff. Ueber die Grundsätze des Entw. s. auch Wach I S. 151, 152.

47) Vorsitzender: K. Preuß. Staatsminister Dr. Leonhardt †, in dessen Vertretung Dr. Schmitt, K. Bayer. App.G.R., jetzt O.L.G.Präs. Mitglieder: Geh. O.J.R. Dr. Falk, der spätere K. Preuß. Kultusminister, jetzt O.L.G.Präs., Referent; O.TrR. v. Diepenbroick-Grüter, jetzt Senats-Präs. d. Kammergerichts a. D. (Berlin); App.G.R. (jetzt G.J.R.) Dr. Planck (Celle); R.A. Dr. Dorn, jetzt G.J.R. u. RA. b. Reichsgericht; J.R. (jetzt Geh. J.R.) v. Wilmowski; Geh. J.R. Abeken, jetzt K. Sächs. Justizmin., an dessen Stelle später K. Sächs. L.G.Präs. Klemm; K. Württ. O.Tr.R., jetzt O.L.G.Präs. v. Kohlhaas; Großh. Bad. Min.R. Dr. Gebhardt; v. Amsberg (Referent nach Ausscheiden des Dr. Falk). Schriftführer: St.G.R. (jetzt O.L.G.Senats-Präsident) Hagens (I) u. Kr.G.R. (jetzt Geh. Reg.R.) Polenz.

48) Vgl. „Begründung" Vorwort S. III ff.; Mot. z. CPO. S. 4; Wach I S. 152, wo in Anm. 4 die durch diesen Entw. hervorgerufene Literatur angegeben ist. Eine erhebliche Aenderung bestand z. B. in der Erweiterung der Revision auf die Auslegung von Urkunden (§ 479). Gegen dieselbe s. R. Koch in Behrend, Zeitschr. f. d. Gesetzgeb. Bd. 6 S. 73 ff.

49) Als Entw. einer Deutschen CPO. nebst dem Entw. eines Einf.-Ges. mit „Begründung" veröffentlicht im Verlag der K. Geh. Ob.-Hof-Buchdruckerei (R. v. Decker). Berlin 1872.

„In Folge davon ist für die erste Instanz eine Präklusion des Beklagten mit nachträglichem Vorbringen und für die Berufungsinstanz eine Verweisung nachträglichen Vorbringens zum besonderen Verfahren eingeführt sowie die Zuläßigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Endurtheile erweitert[50]).“

In dieser ihm durch die Beschlüsse des Bundesraths gegebenen Gestalt endlich wurde der Entwurf („Entw. III“), von einer „Begründung“ begleitet[51]), mit den Entwürfen eines Gerichtsverfassungsgesetzes (s. unten VIII) und einer Strafprozeßordnung sowie der Einführungsgesetze zu diesen Gesetzen dem Reichstage in der Herbstsession von 1874 vorgelegt. Die allgemeine Berathung (erste Lesung) der Gesetzentwürfe fand in den Sitzungen vom 24. bis 27. November 1874 statt[52]). Nachdem dieselben an eine Kommission von 28 Mitgliedern verwiesen worden, erklärte sich der Reichstag auf Antrag des Abg. Dr. Lasker in der Sitzung vom 27 November 1874 bereit, einem Gesetze zuzustimmen, welches die Kommission ermächtigte, zwischen dieser und der nächsten Session des Reichstags ihre Berathungen behufs Vorbereitung der 2. Lesung fortzusetzen[53]). Diese Ermächtigung ist sodann durch das Gesetz, betreffend die geschäftliche Behandlung des GVG. u. s. w., vom 23. Dezember 1874 (RGBl. S. 195) ertheilt worden. Da die Berathungen indessen bei dem Wiederzusammentritte des Reichstags am 29. Oktober 1875 noch nicht beendigt waren, so wurden die Mitglieder der Kommission (der sog. Reichs-Justizkommission = RJK.)[54]) zunächst durch Akklamation zu Mitgliedern einer nach § 24 Abs. 2 der Geschäftsordnung zu bildenden Kommission gewählt und sodann die Befugnisse der Kommission durch Gesetz vom 1. Februar 1876 (RGBl. S. 15) nochmals verlängert[55]).

---

50) So d. Mot. z. CPO. S. 4. Vgl. auch Wach I S. 153.

51) Drucksachen d. Reichstags Nr. 6. Hiernach wird in diesem Kommentar zitirt. Sämmtliche Entw. u. Mot. sind auch im Buchhandel erschienen. Berlin 1874 (bei Fr. Kortkampf).

52) Sten. Ber. d. Reichstags 2. Legisl.-Per. II. Sess. 1874/75 S. 275—363.

53) Sten. Ber. a. a. O. S. 363 und Nr. 64 der Drucksachen.

54) Sten. Ber. d. Reichstags 2. Legisl.-Per. III. Sess. 1875/76 S. 13—16.

55) Die Komm. bestand aus folgenden Mitgliedern: Vorsitzender: Dr. Miquél, Oberbürgermeister (Osnabrück); Stellvertreter desselben: Dr. v. Schwarze, General-Staatsanwalt (Dresden) †; Schriftführer: Eysoldt, Advokat (Pirna), Dr. Mayer, Appellationsgerichtsrath (Augsburg) †, Dr. Struckmann, Obertribunalsrath (Berlin), der Mitverf. dieses Komm., Thilo, Kreisgerichtsdirektor (Delitzsch) †. Fernere Mitglieder: Dr. Bähr, Obertrib.-Rath (Berlin), Becker, Oberappellationsger.-Rath (Oldenburg), Bernards, Landger.-Rath (Düsseldorf), v. Forcade de Biaix, Obertrib.-Rath (Berlin), Gaupp, Kreisger.-Rath (Ellwangen), Dr. Gneist, Oberverwaltungsger.-Rath und Professor (Berlin), Dr. Grimm, Rechtsanwalt (Carlsruhe), Hauck, Bezirksamtmann (Markt-Scheinfeld), Herz, Bezirksger.Rath (Nürnberg), v. Jagow, Wirkl. Geh. Rath, Oberpräsident (Potsdam) †, Klotz, Kreisger.-R. (Berlin), Krätzer, Appellationsger.-Rath (Passau) †, Dr. Lasker, Rechtsanwalt (Berlin) †, Dr. Lieber, (Camberg), Dr. Marquardsen, Professor (Erlangen), v. Puttkamer, Appellationsgerichts-Rath (Colmar), Pfafferott, Oberamtsrichter (Liebenburg), Reichensperger, Obertribunals-Rath (Berlin), v. Schöning, Landrath (Pyritz), Dr. Völk, Rechtsanwalt (Augsburg) †, Dr. Wolffson, Advokat (Hamburg), Dr. Zinn, Direktor der Landirrenanstalt, Geh. Sanitätsrath (Eberswalde). — An Stelle des ausgeschiedenen Abg. Grimm, fungirte kurze Zeit der Abg. Dr. Blum (Heidelberg). — Als Protokollführer waren beigeordnet: die Gerichts-Assessoren Sydow (jetzt Geh. Postrath) (an dessen Stelle eine Zeit lang Kreisrichter Ege), Dr. L. Seuffert, jetzt Professor (an dessen Stelle später Ass. Mettenleiter), Dr. Schreber †.

Die Gesetzentwürfe sind von der Kommission in zwei Lesungen durchberathen.

Ueber den Gang der Berathungen bemerkt der Bericht der RTK. z. GVG.:

„Zuerst gelangten die CPO. und die StrPO. sowie die auf die Handelsgerichte und das Verfahren vor denselben bezüglichen Theile des GVG. in erster Lesung zur Berathung. Die Komm. lehnte zwar die Handelsgerichte ab, trat jedoch auf den bezeugten Wunsch des Bundesraths für den Fall entgegengesetzter Beschlußfassung des Reichstags eventuell in die Detailberathung des auf das Verfahren vor den Handelsgerichten bezüglichen Theiles der CPO. ein[56]).

Demnächst wurden die CPO. in zweiter Lesung und hiernach das GVG. und sämmtliche Einführungsgesetze in erster Lesung durchberathen. Nach Vollendung der Berathung der CPO. in zweiter Lesung wurde dieselbe noch einmal auf Grund der abgegebenen Erklärungen des Bundesraths sowie zur Beschlußfassung über die von einigen bayerischen Mitgliedern der Komm., welche bei der zweiten Lesung abwesend gewesen waren, gestellten Anträge wieder eröffnet, und gelangte erst dann die Berathung der CPO. zum Abschluß[57]).

Die zweite Lesung des GVG. und der StrPO. sowie der Einf.-Gesetze erfolgte gleichfalls, nachdem die Ergebnisse der ersten Lesung der Beschlußfassung des Bundesraths unterlegen hatten.

Die Beschlüsse des Bundesraths wurden der Komm. theils in übersichtlicher Darstellung theils bei Berathung der einzelnen Paragraphen mitgetheilt. Sie gelangten zur Diskussion auf Grund von Anträgen, welche, sofern sie nicht einzelne Mitglieder stellten, vom Vorsitzenden unterzeichnet wurden.

Die Kommission hat 160 Sitzungen gehalten.

Die Berathung des GVG. und des EG. zu demselben hat einschließlich der eventuellen Berathung des handelsgerichtlichen Verfahrens in erster Lesung 36 Sitzungen, in zweiter Lesung 18 Sitzungen — — erfordert. Die Kommission ist versammelt gewesen am 26., 28., 30. und 31. Januar 1875, vom 26. April bis zum 10. Juli 1875, vom 1. September 1875 bis zum 19. Februar 1876 und vom 2. Mai bis zum 3. Juli 1876[58]).

— —

Die Redaktions-Kommission[59]) hat, soviel festgestellt worden, 85 Sitzungen gehabt.

---

56) Vgl. unten S. 1041, 1042.

57) Dieses Stadium ist später als „Revision der 2. Lesung" bezeichnet.

58) Als Vertreter des Deutschen Reichs und der Einzelstaaten nahmen an den Berathungen Theil: I. der CPO.: der Direktor im Reichskanzleramt, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rath (jetzt L.G.Präs.) v. Amsberg, der Kais. Geh. Ober-Reg.-Rath Hanauer (jetzt Wirkl. Geh. R., Direktor im Reichsjustizamt), der jetzige Kais. Geh. Ober-Reg.-Rath Dr. Hagens, K. Preuß. Geh. Ober-Justiz-Rath Dr. Kurlbaum II, K. Preuß. Oberstlieut. (jetzt Generalmajor) Blume, K. Bayer. App.-Ger.-Rath (später Reichsgerichtsrath) Dr. Hauser †, K. Württ. Min.-Rath Heß, K. Württ. Ob.-Trib.-Rath, jetzt O.L.G.-Präsident v. Kohlhaas, K. Sächs. Geh. Just.-Rath Held; II. des GVG.: die zu I genannten Mitglieder des Reichskanzleramts; die K. Preuß. Geh. Ober-Just.-Räthe Dr. Kurlbaum II, Oehlschläger (jetzt Wirkl. G.O.J.R., Kammerger.-Präsident) und Schmidt, K. Preuß. Geh. Ob.-Reg.-Rath Dr. Forch, K. Bayer. Min.-Rath Loë, die bereits genannten Dr. Hauser †, Heß u. Held, der Kais. Geh. Ob.-Post-Rath (jetzt Direktor im Reichspostamt) Dr. Fischer. Außerdem betheiligten sich der K. Preuß. Staats- und Justizminister Dr. Leonhardt † und der K. Bayer. Staats- und Justizminister Dr. v. Fäustle † an verschiedenen Sitzungen zu I und II.

59) Die Redaktions-Komm. bestand aus den Abg. Dr. Bähr, Becker, Dr. v. Schwarze, zu welchen in 2. Lesung noch die Abg. v. Forcade u. Klotz hinzutraten. An ihren Arbeiten nahmen regelmäßig die in der vorigen Anm. genannten Mitglieder des Reichskanzleramts sowie

— —

Zur Berathung und Abstimmung gelangten außer den Anträgen der Mitglieder der Kommission die von sonstigen Mitgliedern des Reichstags eingebrachten Anträge. — — — — —

Nach Beendigung der zweiten Lesungen der Entwürfe beschloß die Komm., dem Reichstag über dieselben schriftliche Berichte erstatten zu lassen. Nach dem Beschluß der Komm., sollen diese Berichte jedoch keine erschöpfende und eingehende Begründung aller einzelnen Beschlüsse der Komm. enthalten, da diese in den gedruckten Protokollen niedergelegt ist[60]).

Die Berichte sollen vielmehr nur eine erläuternde übersichtliche Darstellung der wichtigsten zur Erörterung gelangten Fragen und der wesentlichsten Differenzpunkte zwischen der Komm. und dem Bundesrath geben und dadurch das Verständniß der Ergebnisse der Berathungen dem Reichstage und dem deutschen Volke selbst erleichtern[61]).

Soweit der Komm.-Bericht zum GVG.

Die Berichte[62]) mit einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse[63]) wurden dem Reichstage bei Eröffnung der 4. Session Ende Oktober 1876 vorgelegt. Die ersteren waren zuvor in der Zeit vom 17. bis 28. Oktober (161.—165. Sitzung) endgültig festgestellt worden, wobei man gleichzeitig eine Anzahl redaktioneller Abänderungsanträge erledigt hatte[64]). Das Resultat dieser Beschlüsse, soweit dieselben neue Abänderungen enthielten, wurde in besonderen Nachträgen der erwähnten Zusammenstellung beigefügt.

Wie der Komm.-Ber. zur CPO. bezeugt, „hat eine große Mehrheit der Kommission allen wesentlichen, in sich zusammenhängenden und die Symmetrie des Ganzen bedingenden Bestimmungen zugestimmt, nicht blos den Grundlagen, auf die der Neubau des deutschen Civilprozesses errichtet ist, sondern auch der Konstruktion des ganzen Gebäudes, seiner Einrichtung im Innern, den verschiedenen Arten des Verfahrens in erster Instanz, dem Verfahren in der Rechtsmittelinstanz u. s. w. bis zu dem den Prozeß abschließenden Vollstreckungsverfahren".

Nichtsdestoweniger waren von den 813 Paragraphen des Entwurfs 204, zum großen Theil allerdings nur in der Fassung, geändert, 27 gestrichen oder durch neue Paragraphen ersetzt und 44 Paragraphen hinzugefügt. Indessen betreffen alle diese Aenderungen, wie der Bericht (S. 17) bemerkt, doch nur Einzelheiten und verschwinden fast beim Blick auf das Ganze. Am Wichtigsten ist die Einführung einer Revisionssumme (§ 508), die Umgestaltung des Entmündigungsverfahrens (§§ 593 ff.) und die Beseitigung der Handelsgerichte (s. unten).

Von viel erheblicherer Bedeutung waren die Aenderungsvorschläge, welche die RJK. zu 77 der 166 Paragraphen des Entwurfs des GVG. formulirt hatte.

---

die Vertreter verschiedener Bundesregierungen Theil. — Hinsichtlich einzelner Fragen waren noch besondere Subkommissionen thätig (vgl. z. B. unten S. 659, 1041).

60) Vgl. unten X.

61) Als Berichterstatter wurden gewählt: 1) für das GVG. und d. EG. zu demselben der Abg. Miquél, als Korref. und Stellvertreter der Abg. Hauck; 2) für die CPO. und das EG. zu derselben der Abg. Becker und als Korref. und Stellvertreter der Abg. v. Forcade de Biaix.

62) Drucksachen des Reichstags. 2. Legisl.-Periode IV. Sess. 1876 Nr. 8, 9. Der Ber. über die CPO. (18 Seiten) hebt nach einigen allgemeinen Bemerkungen nur kurz einige Hauptgrundsätze und Vorschriften hervor, über welche vorzugsweise Meinungsverschiedenheit in der RJK. bestanden hatte, während der Ber. z. GVG. (82 Seiten) Titel für Titel einer Besprechung unterwirft.

63) Drucksachen Nr. 5, 6.

64) 6 zur CPO., 11 zum GVG. Vgl. Anl. A—C z. Prot. d. 163. Sitzg.

Auch sollten zwei vollständige Titel über das Richteramt und über die Rechtsanwaltschaft (vgl. unten S. 985, 986) neu aufgenommen werden.

Ueberdies wurden zu den Einführungs-Gesetzen Aenderungen und Ergänzungen beantragt.

Die schon in der Sitzung des Reichstags vom 3. November 1876 seitens des K. Preuß. Justizministers angekündigte[65]) Gesammtübersicht der Bedenken des Bundesraths gegen die Anträge der RTK. wurde dem Reichstage durch Schreiben von demselben Tage mitgetheilt[66]). Nach längerer Debatte beschloß der Reichstag am 7. dess. Mts. auf Antrag des Abg. Dr. Wehrenpfennig, dieselbe der Justiz-Kommission, in welche die Abtheilungen die Mitglieder der RTK., nachdem deren Mandat erloschen war, aufs neue gewählt hatten[67]), mit der Maßgabe zur Vorbereitung zu überweisen, daß die Kommission im Fortgange ihrer Berathung einzelne ihr überwiesene Fragen auch ohne vorgängige Entscheidung über dieselben zur Plenarberathung des Reichstags zu verstellen berechtigt sei[68]).

Die Kommission erledigte ihre Aufgabe vom 8. bis zum 14. November 1876[69]) und beschloß eine Anzahl Aenderungen der Entwürfe. So wurden in Folge der Bedenken des Bundesraths zu der CPO. bei 7 Paragraphen, zum EG. z. CPO. bei 1 Paragraphen sachliche, und außerdem noch 11 Fassungs-Aenderungen, zum GVG. 20 sachliche, zum EG. z. GVG. eine sachliche und außerdem 4 Fassungs-Aenderungen vorgeschlagen[70]).

Die zweite Berathung über die Justizgesetze wurde hiernächst am 17. dess. Mts. im Reichstage mit der Frage wegen Einsetzung von Handelsgerichten eröffnet (vgl. unten S. 1041)[71]).

In der folgenden Sitzung (v. 18. dess. Mts.) beschloß der Reichstag nach Aussetzung der Berathung über den einzigen Abänderungsvorschlag[72]) die Enbloc-annahme der CPO. nach den Kommissionsvorschlägen, und zwar, wie der Präsident konstatirte, „mit großer überwiegender Majorität, fast Einstimmigkeit“ [73]). Dagegen nahmen die Berathungen über das GVG. noch 6 Sitzungen (11—16) in Anspruch. Hauptgegenstände waren: die Voraussetzungen des Richteramts (s. unten S. 985ff.), die Gemeindegerichte (S. 1004), die Zulässigkeit des Rechtswegs (S. 995 ff.), die Zuständigkeit der Amtsgerichte (S. 1016), die Zuziehung von Hülfsrichtern (S. 1031 ff.), die Gerichtssprache (S. 1098 ff.) u. s. w. Das Resultat war indessen überall die Aufrechterhaltung der Beschlüsse der Kommission[74]), bei welchen es auch hinsichtlich der Einführungsgesetze [z. B. in Bezug auf den Geltungstermin (S. 1113), die Verantwortlichkeit der Beamten (S. 1121) u. s. w.] sein Bewenden behielt[75]).

Noch vor Beginn der dritten Lesung ging nun dem Reichstage ein Schreiben

---

65) Sten. Ber. des RT. 2. Legisl.-Per. IV. Sess. 1876 S. 16.

66) Drucksachen Nr. 22.

67) Sten. Ber. S. 30.

68) Sten. Ber. S. 53—62.

69) Prot. d. 168.—174. Sitzung — ein jedes mit besonderen Seitenzahlen.

70) Drucksachen Nr. 35, 36.

71) Sten. Ber. S. 135—165.

72) Es war der Antrag auf Streichung des § 143 Abs. 1 d. CPO., welcher jedoch später zurückgezogen wurde.

73) Sten. Ber. S. 167—175.

74) Sten. Ber. S. 175—353.

75) Das. S. 357—392.

des Reichskanzlers vom 12. Dezember 1876 zu, wonach der Bundesrath zwar die zur CPO. und deren EG., nicht aber auch die zum GVG. und dessen EG. (sowie zur StrPO.) gefaßten Beschlüsse acceptirte, sondern dort 5 und beim EG. 3 Punkte als schlechthin unannehmbar bezeichnete[76]).

Schon war überall die Besorgniß verbreitet, daß die Justizgesetze in entscheidender Stunde scheitern würden. Nach manchen Verhandlungen kam indessen zwischen dem Bundesrath und der Majorität des RT. eine Verständigung („Kompromiß") zu Stande, wonach jener verschiedene Bedenken ganz oder zum Theil aufgab, der RT. dagegen eine Reihe von Beschlüssen zweiter Lesung zurücknehmen oder modifiziren sollte. Die einzelnen Punkte wurden als Abänderungsantrag der Abgg. Miquél u. Gen. in den RT. gebracht[77]).

Die am 18. Dezember 1876 begonnene dritte Berathung betraf zunächst das GVG. Namentlich führte die Frage wegen Gewährung von Gratifikationen und Remunerationen an Richter sowie die Frage wegen der Vertretung der Richter nochmals zu lebhafter Diskussion. Auch auf die Einschaltung des Titels über die Rechtsanwaltschaft und auf die Frage der Gerichtssprache kam man zurück. Abgesehen von einer Modifikation der §§ 69 und 187 des GVG. (S. 1031, 1099), wurden indessen überall die Kommissionsvorschläge mit den Kompromißanträgen angenommen[78]).

In dem betreffenden EG. wurde den Kompromißanträgen gemäß der Geltungstermin von dem Erlasse der Gebührenordnung (vgl. EG. z. CPO. § 2) abhängig gemacht (S. 955) und eine Aenderung des § 11 beschlossen (S. 1121)[79]).

Die CPO. wurde abermals im Ganzen ohne Diskussion angenommen, und ebenso gelangte das EG. z. CPO. mit einer dem § 1 des EG. z. GVG. entsprechenden Modifikation zur Annahme[80]).

Bei der Gesammtabstimmung am 21. Dezember 1876 erfolgte die Annahme des GVG. und des EG. zu demselben nach Maßgabe der in dritter Berathung gefaßten Beschlüsse mit 194 Stimmen gegen 100 (mit Namensaufruf), die der StrPO. mit Stimmenmehrheit. Die CPO. und das EG. z. CPO. sowie die gleichfalls in einer Kommission von Sachverständigen vorbereitete, dem Reichstage zuerst im Januar, dann unverändert im November 1875 vorgelegte und in einer besonderen Kommission durchberathene Konkursordnung[81]) wurden „mit ganz überwiegender Majorität, fast Einstimmigkeit" angenommen[82]).

Nachdem auch der Bundesrath alsbald durch Beschluß vom 22. Dezember 1876 seine Zustimmung ertheilt hatte, sind das GVG. und das EG. z. GVG. unterm 27. Januar 1877 in Nr. 4 des RGBl. (S. 41 ff.), die CPO. und das EG. z. CPO. unterm 30. Januar 1877 in (der am 19. Februar 1877 ausgegebenen) Nr. 6 des RGBl. (S. 83 ff.) verkündet[83]).

---

76) Drucksachen Nr. 115.

77) Drucksachen Nr. 138. Ueber die Geschichte und die innere Berechtigung des sog. Kompromisses vgl. Völk in Hirth, Annalen des Deutschen Reichs. Jahrgang 1877. S. 450 ff. Vgl. auch die Ansprache das. S. 444 ff.

78) Sten. Ber. S. 849—920.

79) Sten. Ber. S. 921—936.

80) Sten. Ber. S. 999, 1000. Vgl. auch Wach I S. 153—155.

81) Die äußere Entstehungsgeschichte der KO. s. in v. Sarwey, Die KO. für d. D. Reich 2. Aufl. Berlin 1882. S. XXXIII ff.

82) Sten. Ber. S. 1003, 1004.

83) Der Landesgesetzgebung blieben auf diesem Gebiete nur vereinzelte Gegenstände

Wir schließen diesen Abschnitt mit den denkwürdigen Worten, womit die Schluß-Thronrede des Kaisers die Bedeutung der Justizgesetze bezeichnete:

„Durch die stattgehabte Verabschiedung der Justizgesetze ist die Sicherheit gegeben, daß in naher Zukunft die Rechtspflege in ganz Deutschland nach gleichen Normen gehandhabt, daß vor allen deutschen Gerichten nach denselben Vorschriften verfahren werden wird. Wir sind dadurch dem Ziel der nationalen Rechtseinheit wesentlich näher gerückt.

Die gemeinsame Rechtsentwicklung aber wird in der Nation das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit stärken und der politischen Einheit Deutschlands einen inneren Halt geben, wie ihn keine frühere Periode unserer Geschichte aufweist“ [84]).

VIII.

Ueber das Verhältniß des Gerichtsverfassungsgesetzes zur CPO. ist noch Folgendes zu bemerken:

Während der Hannoversche Entwurf (s. oben V) sich hinsichtlich der Gerichtsverfassung noch großer Zurückhaltung befleißigt hatte (vgl. §§ 2, 4, 5, 47 2c.), wurden dem Nordd. Entw. (VI), den veränderten politischen Verhältnissen entsprechend, „Vorbemerkungen“ vorausgeschickt, wonach der Entwurf auf der Voraussetzung beruhte, daß die Gerichtsverfassung nach Maßgabe gewisser demnächst entwickelter Grundsätze einheitlich geregelt werde, welche in Verbindung mit den einschlagenden Bestimmungen des Entwurfs selbst (§§ 9—11, 15—21, 36 2c.) bereits manche Elemente des GVG., insonderheit der Tit. 2, 3, 5, 7—9, enthalten. Ueberdies war die Bahn selbständiger Reichsjustizeinrichtungen schon durch die Einsetzung des Bundes- (später Reichs-) Oberhandelsgerichts, dessen Zuständigkeit fort und fort erweitert wurde (s. unten S. 1119 Anm. 4), von oben herab beschritten. Der Ueberzeugung, daß die Reform des Civilprozesses ohne gleichzeitige reichsgesetzliche Regelung der Gerichtsverfassung unausführbar sei, gaben auch die seit dem Jahre 1869 fast alljährlich im Reichstag wiederholten und angenommenen Anträge wegen Aenderung des Art. 4 Nr. 13 der Verfassung Ausdruck, wonach die Gesetzgebungsgewalt des Bundes bzw. Reichs sich auf das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren einschließlich der Gerichtsorganisation erstrecken sollte.

Wenn gleichwohl bei der erneuten Einbringung des Antrags im Jahre 1873 und in dem diesem Antrage entsprechenden Ges. vom 20. Dezember 1873, betr. die Abänderung der Nr. 13 des Art. 4 der Verfassung des Deutschen Reichs (RGBl. S. 379) die Gerichtsorganisation nicht mehr Erwähnung gefunden hat, so geschah dies nur, weil es als selbstverständlich galt, daß zur Ordnung des Verfahrens auch solche Anordnungen über die Gerichtsorganisation gehören, welche

---

überlassen (namentlich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung). Dagegen waren von derselben solche Verfahrensarten den Vorschriften der CPO. gemäß zu gestalten, welche von der letzteren an sich nicht betroffen werden. Vgl. z. B. Preuß. AG. z. D. CPO. v. 24. März 1879 (GS. S. 281), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 239 ff.

84) Sten. Ber. S. 1008. Ueber die äußere Geschichte der Justiz-Gesetze vgl. auch Endemann in Hirth's Annalen 1869 Sp. 5 ff., 1870 Sp. 15 ff., 1872 Sp. 118 ff., 143 ff., 154 ff., 1873 Sp. 331 ff., 1874 Sp. 413 ff., 1875 Sp. 1202 ff., 1877 Sp. 646 ff., Sydow in Schmoller, Jahrb. f. Gesetzgebg. 2c. VI. (1882) S. 13 ff.

sich aus der Einrichtung des Verfahrens selbst als die naturgemäße und nothwendige Voraussetzung oder Ergänzung desselben ergeben[85]).

Inzwischen hatte der Bundesrath in seiner Sitzung vom 21. Februar 1870 beschlossen:

den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf eines Bundesgesetzes, betreffend die Gerichtsverfassung und die gerichtlichen Institutionen ausarbeiten zu lassen.

Diesem Ersuchen entsprechend ließ der Reichskanzler am 12. November 1873 dem Bundesrathe

1. den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Einführung des Gesetzes über die Verfassung der Gerichte im Deutschen Reiche für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, nebst Begründung,
2. den Entwurf eines Gesetzes über die Verfassung der Gerichte im Deutschen Reiche für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen nebst Begründung

zugehen.

Nachdem beide Entwürfe zunächst im K. Preußischen Justizministerium, sodann im Bundesrathe einer vollständigen Umarbeitung unterzogen worden waren, wurden der 16 Titel und 166 Paragraphen enthaltende Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes und der 14 Paragraphen umfassende Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst ausführlicher Begründung, gleichzeitig mit den Entwürfen der CPO. und StrPO., dem Reichstage vorgelegt und haben von da ab die Schicksale dieser Gesetze getheilt (s. oben VII). Der Entwurf des GVG. ist aus den Berathungen der RTK. und des Reichstags selbst um einen Titel (Tit. 1 — vgl. unten S. 985 ff.) und 38 Paragraphen verstärkt hervorgegangen.

Der Inhalt steht in enger Verbindung mit dem der Prozeßgesetze.

„Nur Gründe der Zweckmäßigkeit haben dahin geführt, die Vorschriften über Einrichtung der Gerichte in einem besonderen Gesetze zusammenzustellen. Diese äußere Trennung hebt den inneren Zusammenhang nicht auf. Die drei großen Gesetzeswerke, CPO., StrPO. u. GVG., sind ein organisches Ganze; sie hängen so eng mit einander zusammen und bedingen sich gegenseitig in so eingreifender Weise, daß keines ohne das andere bestehen kann. Das Gesetz über die Einrichtung der Gerichte ist insbesondere die gemeinsame Grundlage und die wesentliche Voraussetzung der beiden Gesetze über das Verfahren[86]).“

Zu den hier genannten, innerlich zusammenhängenden Gesetzen gehört auch die Konkursordnung nebst dem betreffenden Einf.-Gesetze (s. oben S. XV). Wie dieselben einander ergänzen, so dienen sie auch wechselseitig zur Auslegung.

Das GVG. enthält die gemeinsamen Grundlagen für die drei Prozeßordnungen, indem es die staatlichen Organe für deren Anwendung bestimmt.

Der Charakter der Bestimmungen des GVG. ist hauptsächlich der von Normativ-Vorschriften für die Landesgesetzgebung und Landesjustizverwaltung, da die Justizhoheit prinzipiell den einzelnen Bundesstaaten verblieben ist. Nur die oberste Instanz, das Reichsgericht (Tit. 9) einschließlich der Staatsanwaltschaft bei demselben (§ 143 Nr. 1) und des betreffenden Unterpersonals (§§ 154, 155), ist Reichseinrichtung. Alle übrigen Gerichte sind Landesbehörden. Aus diesem Grunde hat das Gesetz gewissermaßen nur fragmentarischen Charakter. Man

85) Vgl. Mot. z. GVG. S. 1 u. die Rede des Abg. Meyer (Thorn) in der RT.-Sitzung v. 25. Novbr. 1874 (Sten. Ber. S. 320 ff.). S. auch v. Canstein, Grundlagen S. 141 ff.; John, Die Strafprozeßordnung I S. 5 ff.

86) So die Mot. z. GVG. S. 2.

hat die Justizhoheit der Bundesstaaten nur soweit beschränkt, als es nothwendig war, um die gemeinsamen Prozedurordnungen ins Leben zu rufen[87]).

Eine erhebliche Ergänzung dieses organisatorischen Theils des GVG. bildet die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. S. 177)[88]). Vgl. unten S. 82, 83, 986.

Die Tit. 13—17 des GVG. regeln das Verfahren, soweit dies für alle drei Prozeßordnungen gemeinsam geschehen konnte (vgl. unten S. 1076.)

IX.

Die CPO. ist nicht auf dem Boden eines einzelnen der in Deutschland geltenden Prozeßsysteme erwachsen. Im schärfsten Gegensatze steht sie zum gemeinen Civilprozesse und, obwohl in geringerem Maße, zu dem preußischen Prozeßrecht, schon weil ihr die bindende Bedeutung der Schriftsätze und (abgesehen von den sog. prozeßhindernden Einreden) das Eventualprinzip fremd sind. Vom gemeinen und hannöverschen Prozesse unterscheidet sie ferner die Abwesenheit des bindenden Beweisinterlokuts, von jenem auch der selbständige Prozeßbetrieb der Parteien. Von manchen wesentlichen Grundsätzen des französischen Prozesses, wie der sog. Souveränetät der Gerichte, ist wenig, von anderen, wie der dem franz. Recht eigenthümlichen Behandlung des Geständnisses, der Beschränkung des Zeugenbeweises u. s. w., ist nichts in ihr zu finden, während das Prinzip des selbständigen Prozeßbetriebs nur in erheblich abgeschwächter Gestalt aufgenommen ist. In manchen Punkten wiederum, insbesondere hinsichtlich des ganzen sog. materiellen Prozeßrechts, lehnt die CPO. sich an das gemeine und das diesem verwandte preußische Recht an. Sie hat Gedanken aller jener Systeme in sich aufgenommen und zu einem eigenartigen Ganzen ausgebildet, welches jetzt als ein neues, ebenbürtiges Glied in der Kette der deutschen Rechtsentwicklung erscheint. Ein Hauptziel war die Rückkehr zu einer natürlicheren und einfacheren Gestalt des Verfahrens, die Abstreifung des Formalismus und der davon unzertrennlichen Beeinträchtigung des materiellen Rechts[89]). In Verbindung hiermit steht eine bedeutende Vermehrung des dispositiven Prozeßrechts[90]).

An der Spitze der die CPO. beherrschenden Grundsätze steht das Mündlichkeitsprinzip. Ihm an Bedeutung nahe kommen die Beweisverbindung, die Beseitigung der Eventualmaxime, die freie Beweiswürdigung, der selbständige Prozeßbetrieb.

---

87) Vgl. besonders die Rede des Staatsministers Dr. Leonhardt bei der ersten Berathung im RT. — Sten. Ber. d. RT. 2. Legisl.-Per. II. Sess. 1874/75 S. 276. Der Landesgesetzgebung verblieb hiernach noch eine ziemlich umfassende Thätigkeit auf diesem Gebiete. Vgl. z. B. das Preuß. AG. z. D. GVG. v. 24. April 1878 (GS. S. 230), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 1 ff.

88) Die äußere Geschichte d. RAO. s. bei Meyer, Die Rechtsanwaltsordnung. Berlin 1879. S. 1 ff.; Völk, Die Rechtsanwaltsordnung für das deutsche Reich. Nördlingen 1879. S. 1 ff. S. auch Wach I S. 156, 157.

89) „Alle wesentlichen Einrichtungen des neuen deutschen Prozesses sind geeignet, die Herrschaft des materiellen Rechts über das Prozeßrecht zu fördern" (Komm.-Ber. d. RTK. z. CPO. S. 2).

90) Vgl. Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 22, 23.

Diese wie die übrigen Grundgedanken einzeln zu entwickeln, ist hier nicht der Ort[91]).

Eine sich durch Klarheit sowie durch Knappheit der Form auszeichnende Darstellung derselben enthält die „Allgemeine Begründung" des Entwurfs, insbesondere in den §§ 4—15[92]).

X.

Die **Mittel zur Auslegung** der CPO. sind äußerst reichhaltig. Neben dem, was Wortlaut und Zusammenhang des Gesetzes und der übrigen Justizgesetze, was Wissenschaft und Praxis des Prozeßrechts bieten, kommen ganz besonders die sog. **Materialien** in Betracht. Im weiteren Sinne gehören hierzu die zahlreichen bei der Abfassung berücksichtigten Prozeßgesetze und Entwürfe, unter welchen der Norddeutsche Entwurf und die betreffenden Berathungsprotokolle (VI) wegen der Zeit der Abfassung und ihres bedeutenden Einflusses auf den Inhalt der CPO. besondere Beachtung beanspruchen dürfen. In engerem Sinne sind darunter die vielfach mit den Mot. der Entw. I u. II übereinstimmenden **Motive** („Begründung") des Entw. III der CPO., die Motive des Entw. zum GVG. u. der Entwürfe zu den beiden Einführungs-Gesetzen[93]) und die **Protokolle** der RJK.[94]) zu verstehen; die **Plenarberathungen** des Reichstags haben sich nur auf wenige Punkte erstreckt (vgl. oben S. XIII ff.)[95]).

Die Zulässigkeit der Benutzung von Gesetzgebungsverhandlungen als Hülfsmittel der Gesetzesauslegung ist bekanntlich streitig[96]). Neue Nahrung erhält diese

91) Vgl. darüber die Anmerkungen zur CPO. an den geeigneten Stellen, z. B. über Mündlichkeit S. 128 ff.; Fragerecht S. 143 ff.; die Elemente des Prozesses S. 149 ff., 284 ff., 343 ff.; Prozeßbetrieb S. 166 ff., 200 ff., 698 ff.; Beseitigung der Eventualmaxime S. 281 ff.; Beweisverbindung das. u. S. 289 ff.; freie Beweiswürdigung S. 295 ff.; Thatbestand S. 332 ff.; Versäumnißverfahren S. 350 ff.; Eidesbeweis S. 468 ff.; Berufung S. 523 ff.; Revision S. 561 ff. usw.

92) Eine nach der „Allg. Begründung" zusammengestellte Uebersicht der Grundsätze s. bei Hellmann I S. 13 ff. Vgl. auch v. Bar, Das deutsche Civilprozeßrecht S. 5 ff., Sydow a. a. O. S. 34 ff.

93) Dieselben sind fortlaufend unter dem Texte bei jedem Paragraphen der Gesetze angeführt, und zwar nach den Drucksachen des RT. (2. Leg.-Per. II. Sess. 1874/75 Nr. 6), nicht nach der bei Kortkampf in Berlin erschienenen Privatausgabe.

94) Auch diese Prot. sind überall unter dem Texte angeführt, jedoch mit Ausnahme derjenigen Stellen, nach welchen bei der 2. Lesung oder deren Revision ein Paragraph ohne jede Bemerkung einfach angenommen ist. Auf die CPO. u. das EG. z. CPO. beziehen sich die Prot. der Sitzungen Nr. 5—36, 81—88, 93, 94, 121, 123 Theil 2, 125—129, 130 Th. 2, 132 Th. 2, 139 Th. 2, 158 Th. 2, 161—164, 167—169, 173; auf das GVG. u. das EG. z. GVG. d. Prot. d. Sitzungen Nr. 89—92, 95—103, 104 Th. 1, 105—108, 109 Th. 1, 110—116, 117 Th. 1, 119, 120, 122 Th. 2, 123 Th. 1, 124, 131, 132 Th. 1, 133—138, 139 Th. 1, 140, 141, 142 Th. 2, 152 Th. 2, 155 Th. 2, 156 Th. 1, 158 Th. 2, 159 Th. 2, 3, 160 Th. 1 u. 2, 161—164, 167, 169—174. Vgl. übrigens unten S. XXII Anm. 104.

95) Bei den betreffenden Stellen sind die Sten. Ber. des RT. unter dem Texte der Gesetze angeführt.

96) Eine Uebersicht der umfangreichen Literatur s. bei Seuffert S. XIX Anm. *), Petersen in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht V (1881) S. 337 ff. Die Differenz der verschiedenen Schattirungen ist im Ganzen nicht sehr bedeutend. In der Anwendung gestaltet sich die Benutzung der Vorarbeiten meistens in dem weiter unten auch von uns vertretenen Sinne.

Streitfrage aber gerade in der vorliegenden Anwendung durch die Aeußerungen, welche hinsichtlich der Motive im Reichstage und in der RTK. vom Regierungstische aus gefallen sind.

So bemerkte Staatsminister Dr. Leonhardt bei der ersten Berathung der Justizgesetze im Reichstage Folgendes:

„Sämmtliche Gesetzentwürfe sind mit eingehenden Motiven begleitet. Ich hebe das hervor, um daran die Bemerkung zu knüpfen, daß die verbündeten Regierungen die Vertretung dieser Motive nicht übernehmen, weil eine Prüfung dieser Motive nicht einmal im Justizausschuß des Bundesraths, geschweige denn im Bundesrath stattgefunden hat, auch der Natur der Sache nach nicht wohl stattfinden konnte. Dieser Umstand dürfte jedoch für Ihre Berathung von besonderer Bedeutung kaum sein. Die Motive sind von Männern, welche den Arbeiten sehr nahe standen, mit ebensoviel Sorgfalt als Einsicht in die Verhältnisse geordnet worden; sie legen Ihnen die Mannichfaltigkeit der Rechtszustände dar, in welche die gesetzlichen Vorschriften reformirend eingreifen sollen, sie entwickeln vom legislativen Standpunkte das Für und Wider in Betreff der einzelnen Vorschriften und Grundsätze, sowie zwischen Grundsätzen einerseits und einzelnen Folgesätzen andererseits. Ich glaube, m. H., daß diese Motive für Sie ein fast unentbehrliches Hilfsmittel sein werden, wenn Sie nämlich eine eingehende Prüfung der Gesetzentwürfe in einer verhältnißmäßig nicht zu langen Zeit vornehmen wollen" [97]).

Hiermit im Wesentlichen übereinstimmend äußerte der Direktor im Reichskanzleramte, Wirkl. Geh. Ob.-Reg.-Rath v. Amsberg in der RTK. auf die Interpellation eines Abgeordneten:

„Die Motive seien — — von dem Bundesrath nicht beschlossen. Sie setzen sich aus verschiedenartigen Bestandtheilen zusammen. Theils seien in ihnen offizielle Bemerkungen, hergenommen aus der Motivirung der Anträge im Bundesrath, theils auch Stellen aus den Protokollen des Bundesraths enthalten; zum Theil aber tragen sie den Charakter einer mehr wissenschaftlichen Ausarbeitung. Immer aber seien sie im Sinne und im Geiste der vom Bundesrath gefaßten Beschlüsse abgefaßt, nur dürften sie nicht als die Motive des Bundesraths angesehen werden. Es verhält sich mit ihnen ebenso wie mit den Motiven zum Strafgesetzbuch" [98]).

Von einer bindenden Bedeutung der Vorarbeiten hinsichtlich der Auslegung kann freilich nicht die Rede sein. Der Wille derer, welche an dem Zustandekommen des Gesetzes mit gewirkt haben, ist nicht identisch mit dem Willen des Gesetzgebers (im konstitutionellen Staate: der gesetzgebenden Faktoren), und selbst von diesem reißt sich, wie Thöl bemerkt [99]), das Gesetz durch die Publikation los. („Auf dieser Selbständigkeit beruht es, daß das Gesetz einsichtiger sein kann, als die Gesetzgeber"). Aber die Vorarbeiten nehmen doch unter allen Auslegungsmitteln die erste Stelle ein, weil sie in einem unmittelbaren, grundlegenden Verhältnisse zum Gesetze stehen [100]). Zu dem rein wissenschaftlichen tritt bei ihnen

---

97) Sten. Ber. d. RT. 2. Leg.-Per. II. Sess. 1874/75 S. 275, 276.

98) Sitzung der RTK. v. 10. Mai 1875 — Prot. S. 138, 139.

99) Thöl, Einl. in d. D. Privatrecht § 60 S. 150. Vgl. auch v. Hahn, Komm. z. HGB. 3. Aufl. Einl. § 19 S. LXII ff. In noch schärferer Weise wird dieser Gesichtspunkt betont von Thibaut, Schaffrath, Schlesinger, Meyer in Gruchot, Beitr. XXIII S. 1 ff., auch von Wach I S. 259 ff., 282 ff., welcher nicht einmal eine Vermuthung der Wahrheit hier gelten lassen will, u. A.

100) Goldschmidt, Handb. d. HR. 2. Aufl. I S. 314, Seuffert S. XIX—XXI. Etwas weiter gehen v. Mohl, Wächter u. A. Gegen Meyer a. a. O. wendet sich hauptsächlich Petersen a. a. O. S. 348 ff., ferner Deutschmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 805 ff. u. Hellmann, Lehrb. S. 25. S. auch Dernburg I § 17, S. 35, Förster (Eccius) I § 12,

ein starkes historisches Element der Auslegung. Alles dies gilt auch hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Gruppen von Vorarbeiten.

Als Regierungs-Motive im gewöhnlichen Sinne können allerdings die oben erwähnten „Begründungen" nicht, oder doch nur in eingeschränktem Maße angesehen werden.

Die Verfassung des Deutschen Reichs bereitet der Abfassung von solchen Motiven, zumal bei Gesetzentwürfen von dem Umfange der Justizgesetze, ganz besondere Schwierigkeiten, da eine Abstimmung im Bundesrathe über den Inhalt der Motive zu den dem Reichstage vorzulegenden Gesetzentwürfen nicht wohl denkbar ist. Alles, was gegen die Zuverlässigkeit von Motiven überhaupt zu sagen ist, spricht daher in noch höherem Grade gegen Motive der vorliegenden Art. Gleichwohl geht die Bedeutung der Mot. z. CPO. materiell weit über die einer bloßen „Privatarbeit"[101]) hinaus. Denn sie sind immerhin in der Werkstätte des Gesetzes gleichzeitig und im Zusammenhange mit der Abfassung des Entwurfs oder doch unmittelbar nachher entstanden und von Kundigen in eminentem Sinne, welche an den Vorberathungen theilgenommen haben oder sonst amtlich Jahre hindurch mit der Sache befaßt waren, ausgearbeitet. Ihr innerer wissenschaftlicher Werth ist ferner ein sehr erheblicher[102]). Ueberdies bleibt die Thatsache von Bedeutung, daß die Motive unter Zustimmung des Bundesraths mit den Gesetzentwürfen selbst dem Reichstage überliefert, und daß sie während der Berathungen in der RTK. im Einzelnen stets als wirkliche „Motive" im gewöhnlichen Sinne ohne Widerspruch der Regierungsvertreter behandelt worden sind, also immerhin auch äußerlich einen offiziellen Charakter bewahrt haben. Unter diesen Umständen haben sie nicht blos durch die Benutzung bei der Berathung im RT. und in der RTK. — welche auch Staatsminister Leonhardt für zuläßig erklärte — ihren Zweck erfüllt, sondern werden auch fort und fort für die Auslegung das erste und werthvollste Hülfsmittel bilden, sobald Wortlaut und Zusammenhang einer Gesetzesvorschrift Zweifel übrig lassen. Namentlich wird dies da gelten müssen, wo die RTK. und der Reichstag ohne Diskussion die Vorlage genehmigt haben, da man im Ganzen davon ausgehen darf, daß dies im Sinne der Mot. geschehen sei. Auch nach der negativen Seite hin werden die Mot. häufig zur Auffindung des richtigen Sinnes beitragen, also zur Begründung eines arg. e contrario, oder wenn es sich um eine nach den Mot. als selbstverständlich oder als ungeeignet nicht aufgenommene Bestimmung handelt[103]).

In ähnlicher Weise dienen die Protokolle der RTK. der Auslegung der Justizgesetze. Bei denjenigen Bestimmungen, welche aus der Initiative der RTK. hervorgegangen sind, vertreten dieselben oft gradezu die Stelle von Motiven. Dasselbe gilt von Aenderungen, Zusätzen, Streichungen (s. oben S. XII, XIII). Aber auch da, wo Bestimmungen der Entwürfe ganz unverändert geblieben sind, tragen die Diskussionen der RTK., wie sie durch die Protokolle in authentischer

S. 74 u. die bei Petersen a. a. O. S. 366 Anm. **) zitirten Entsch. d. RG. u. ROHG., ferner RG. IX S. 76, 404 u. im Preuß. JustMinBl. 1886 S. 169 (vereinigte Civilsenate).

101) So der Abg. Lasker im RT. — Sten. Ber. a. a. O. S. 282. Vgl. dagegen Endemann I S. 29 ff., Wach I S. 263 Anm. 17, 283 ff., welcher die Mot. aber nur als „Vorbereitung des Gesetzes" beachtet wissen will.

102) Vgl. Siebenhaar, Vorwort S. 2, Gaupp, Einl. S. XXXIV ff.

103) Vgl. Petersen S. 5 u. a. a. O. S. 367—369. Warum die Mot. hier in geringerem Grade von Gewicht sein sollen (s. Goldschmidt a. a. O.), ist nicht abzusehen.

Weise wiedergegeben werden[104]), zur Klarstellung des Sinnes des Gesetzes häufig in sehr beachtenswerther Weise bei. Allerdings ist nicht jede Aeußerung eines Kommissionsmitgliedes oder Regierungs-Kommissars über die Bedeutung einer Bestimmung, namentlich über die maßgebenden Grundsätze, wenn sie ohne Widerspruch anderer Mitglieder bzw. Regierungs-Kommissarien blieb, als für die Auslegung maßgebend zu betrachten. Dagegen ist es sehr bedeutungsvoll, wenn solchen Aeußerungen ausdrücklich von den Regierungs-Kommissarien oder von anderen Mitgliedern der RTK. ohne Widerspruch zugestimmt wurde, zumal wenn darauf hin irgend eine Aenderung des Entwurfs erfolgt ist. Noch schlagender ist häufig (jedoch keineswegs immer) die Verwerfung von Verbesserungsanträgen. Alles kommt darauf an, zu ermitteln, inwieweit durch die Protokolle ein Einverständniß aller Faktoren festgestellt wird[105]). In besonderem Maße ist dies da der Fall, wo ein solches Einverständniß der RTK. unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der Regierungsvertreter förmlich zu Protokoll gegeben wurde. Eine von den Protokollführern ausgearbeitete Zusammenstellung dieser (uneigentlich sog. „authentischen Interpretationen"[106]) von Kommissionsbeschlüssen ist der RTK. in der 164. Sitzung vom 20. Oktober 1876 vorgelegt und von ihr ausdrücklich genehmigt[107]).

Hinsichtlich der Redaktions-Kommission (s. oben S. XII) ist noch zu bemerken, daß deren Anträge fortlaufend gedruckt den übrigen Mitgliedern zugestellt wurden. Erfolgte kein Widerspruch gegen die Richtigkeit, so galten sie als genehmigt, während im anderen Falle ein Plenarbeschluß der Kommission über die streitige Frage herbeigeführt wurde[108]). Nicht immer also geben die Protokolle über die bei Gelegenheit der Redaktion erfolgten, freilich meistens wenig bedeutsamen Aenderungen früherer Beschlüsse Auskunft.

---

104) Die Protokolle wurden nach ihrer Fertigstellung, wie der Vorsitzende der RTK. im RT. bemerkte, den Komm.-Mitgliedern zur Revision ihrer Ausführungen zugänglich gemacht. Erst nach erfolgter Revision wurden sie gedruckt und den Mitgliedern der RTK., allen Mitgliedern des RT. sowie den Bundesregierungen übersandt. Von einer amtlichen Veröffentlichung derselben glaubte die RTK. sowohl aus sachlichen wie aus formellen Gründen absehen zu müssen (vgl. Sten. Ber. d. RTK. 2. Leg.-Per. III. Session 1875/76 S. 13). Indessen sind die Verhandlungen der RTK. von Hahn, Die ges. Mater. zu den Reichsjustizgesetzen (unten S. XXVI) veröffentlicht. Angeführt sind dieselben in dem Kommentar nach der amtlichen Ausgabe. Die Seitenzahlen laufen bei der CPO. bis S. 771, bei dem GVG. bis S. 776 (160. Sitzg.). Die Prot. der Sitzungen 161—174 sind ein jedes mit besonderen Seitenzahlen gedruckt.

105) Vgl. Petersen S. 5 u. Endemann I S. 31 ff. (auch in Busch, Zeitschr. IV S. 194 ff.), wo diese Fragen mit besonderer Gründlichkeit erörtert sind. Gegen eine zu weit gehende Schätzung von Aeußerungen der Regierungsvertreter (als „authentische Interpretation") und Kommissionsmitglieder vgl. Wach I S. 263 ff.

106) Ueber die Mißverständlichkeit dieser Bezeichnung s. Wach I S. 265, Seuffert S. XX Anm. *). Eine Klassifikation der verschiedenen Bestandtheile der Materialien nach ihrem Auslegungswerth ist sehr schwer durchführbar. (Vgl. auch Wach I S. 284.)

107) Anlagen J u. K zum Prot. d. 164. Sitzg. (s. das. S. 1, 5—10). Dieselben wurden auf Beschluß der RTK. gedruckt und unter die Mitglieder des RT. vertheilt. (Gaupp S. XXXVI will dieser förmlichen Genehmigung keine besondere Bedeutung beimessen, ebenso Hellmann, Lehrb. S. 25.)

108) Vgl. Komm.-Ber. z. GVG. S. 2.

XI.

Von der älteren prozeßrechtlichen Literatur sind, abgesehen von zahlreichen Monographien, Abhandlungen, Sammlungen von Entscheidungen u. dgl. m., in dem Kommentar hauptsächlich benutzt:

a) die gemeinrechtlichen Kompendien von Wetzell, Renaud und Endemann[109]).
b) für den preußischen Prozeß das Lehrbuch von C. F. Koch und dessen Kommentar zur Prozeßordnung (Allg. Ger.-Ordn. Th. I)[110]),
c) hinsichtlich der Hann. PO. der Kommentar von Leonhardt[111]),
d) für das Rheinische Recht der Kommentar von Schlink[112]).

Auch an die CPO. und das GVG. mit den Einf.-Gesetzen hat sich bereits eine reichhaltige Literatur angeschlossen[113]).

Eine große Zahl von Bearbeitungen hat die Kommentarform[114]) gewählt. Hierunter sind zu nennen:

Dr. C. Siebenhaar, Vice-Präsident a. D., Kommentar zur Deutschen Civilprozeßordnung. Leipzig 1877. Fues' Verlag (R. Reisland).

Julius Petersen, Senatspräs. (jetzt Reichsgerichtsrath), Die Civilprozeßordn. f. d. Deutsche Reich nebst Einf.-Ges. Erläutert. 2. Ausg. Lahr 1883. Moritz Schauenburg.

Dr. W. Endemann, Der deutsche Civilprozeß. Berlin 1878, 1879. 3 Bde. Weidmann'sche Buchhandlung.

Die Justizgesetzgebung des D. Reichs. I. Abtheilung, III. Civilprozeßordnung. Kommentar von Dr. v. Sarwey, K. Württ. Staatsrath (jetzt Staatsminister). Berlin 1878/79. 2 Thle. Carl Heymanns Verlag[115]).

Dr. Lothar Seuffert, o. ö. Prof. d. Rechte, Civilprozeßordnung f. d. D. Reich nebst dem EG. v. 30. Jan. 1887. Erläutert. 3. Aufl. Nördlingen 1885. C. H. Beck.

G. v. Wilmowski, Geh. Justizrath, Rechtsanw. b. Kammerger. z. Berlin u. M. Levy, Justizrath, RA. b. Kammerg. z. Berlin, CPO. u. GVG. f. d. D. Reich nebst den Einf.-Gesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen. 4. Aufl. Berlin 1885. F. Vahlen.

Dr. C. T. Puchelt, Reichs-Oberhandelsgerichts- (später Reichsgerichts-)Rath, Die Civilprozeßordnung f. d. D. Reich. Leipzig 1877/78. 2 Bde. Roßberg.

---

109) Dr. Georg Wilh. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses. Dritte Aufl. Leipzig 1878. Verlag von Bernh. Tauchnitz.

Dr. Achilles Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen. Der ordentl. Prozeß. Zweite Aufl. Leipzig u. Heidelberg 1873. C. F. Winter.

Dr. W. Endemann, Das Deutsche Civilprozeßrecht. Heidelberg 1867, 1868. Bangel u. Schmitt.

110) Dr. C. F. Koch, Der preußische Civilprozeß. Zweite Ausgabe. Berlin 1855. J. Guttentag. Ders., Prozeßordnung nach ihrer heutigen Geltung. Sechste Aufl. Berlin 1871 J. Guttentag (D. Collin).

111) S. oben Anm. 25.

112) Vgl. oben Anm. 15.

113) Wegen der Zitirung s. oben „Erklärung der wichtigsten Abkürzungen" unter B.

114) Ueber die Kommentarien-Literatur vgl. Wach I S. 177 ff.

115) Das Mahnverfahren und das Zwangsvollstreckungsverfahren sind vom Kreisrichter Ege bearbeitet.

Dr. Friedr. Hellmann, Civilprozeßordnung f. d. D. Reich nebst Einführungsgesetzen. Erläutert. 3 Abtheilungen. Erlangen 1877/1878. Palm u. Enke.

Otto Kleiner, K. bayer. Landgerichtspräsident. Kommentar zur CPO. f. d. D. Reich. Würzburg 1878—1881. 3 Bde. A. Stuber.

W. Hartmann, K. Preuß. Obertribunalsrath (später Reichsgerichtsrath), Die Civilprozeßgesetze des D. Reichs. Als Komm. in Anmerkungen für den prakt. Gebrauch bearbeitet. Berlin 1879. Carl Heymanns Verlag.

Uebel, K. Bayer. Appell.-Ger.-Rath (jetzt Landger.-Präs.), Komm. d. Civilprozeßordn. f. d. D. Reich u. d. EG. hierzu. Bamberg 1877/1878. 2 Bde. Buchner.

Die Reichscivilprozeßordnung, die bezüglichen Bestimmungen des GVG. u. der Einf.-Gesetze. Nach den Vorarbeiten des weil. Oberger.-Direktor R. Reinecke herausgegeben vom Oberger.-Rath (jetzt Landgerichtsrath) A. Bödiker. Hannover 1877. Helwing'sche Hofbuchhandlung.

L. Gaupp, Landgerichtsrath, Die Civilprozeßordnung für d. D. Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen. Mit eingehender Berücksichtigung des Württembergischen Landesrechts erläutert. Freiburg i. B. u. Tübingen 1879—1881. H. Laupp'sche Buchhandlung, später Akad. Verlagsbuchh. v. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

L. Frhr. v. Bülow, Landgerichtspräsident, Die Civilprozeßordnung und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. Hannover 1882. Hahn'sche Buchhandlung.

Dr. A. Förster, Amtsrichter, Die CPO. f. d. D. Reich nebst Einf.-Ges. unter bes. Berücksichtigung des Preuß. ALR. erläutert. Bd. I. Grünberg 1884. Bd. II Abth. 1.[116]) Grünberg 1886. Friedr. Weiß Nachf.

Reincke, Landgerichtsdirektor (jetzt Reichsgerichtsrath), Die Deutsche Civilprozeßordnung. Für das Studium und die Praxis erläutert. Berlin 1885. H. W. Müller.

Zur Einführung in die CPO. dienten Vorträge und knapp gehaltene systematische Bearbeitungen. Hiervon sind die bemerkenswerthesten:

Dr. Adolf Wach, Prof. d. Rechte, Vorträge über d. Reichs-CPO. Bonn 1879. Ad. Marcus.

Dr. Herm. Fitting, ord. Prof. d. Rechte, Zur Einführung in die Reichsgerichtsverfassung und den Reichs-Civilprozeß. 5 Vorträge. 2. Abdruck Berlin 1879. J. Guttentag (D. Collin).

v. Wilmowski u. Levy, Zur prakt. Anwendung der deutschen CPO. Vorträge. Berlin 1879.

Wernz, Die deutsche CPO. Eine Einleitung in die Grundzüge der neuen CPO. Nördlingen 1877 (bes. Abdruck aus Hausers Zeitschr. III S. 333 ff.)

Dr. Herm. Fitting, ord. Prof. d. Rechte, Der Reichs-Civilprozeß. Lehrbuch des bürgerlichen Verfahrens nach der CPO. f. d. D. Reich u. den ergänzenden Reichsgesetzen. 5. Aufl. (unveränderter Abdruck der 4. Aufl. v. 1879). Berlin 1880. J. Guttentag (D. Collin).

E. Remelé, K. Preuß. LG.-Assessor (jetzt Oberlandesgerichtsrath), Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Eine Anleitung zum Studium und praktischen Gebrauch. Köln 1878. M. Du Mont-Schauberg.

Dr. P. H. J. Schelling, ord. Prof., Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. Erlangen 1879/80. A. Deichert.

---

116) Bd. II, 1 hat leider wegen vorgeschrittenen Drucks nicht mehr berücksichtigt werden können.

Dr. L. v. Bar, Geh. Justizrath u. Prof., Das Deutsche Civilprozeßrecht mit Rücksicht auf die Justizgesetze des D. Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Leipzig 1880. Duncker u. Humblot.

Eine ausführliche vergleichende Darstellung des alten und neuen Prozeßrechts hinsichtlich der Hauptlehren enthält:

Dr. Karl Volgiano, o. ö. Prof., Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts auf rationellen Grundlagen mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprozesses. Allgemeiner Theil. Stuttgart 1879. Ferd. Enke.

Zu den Versuchen einer systematischen Bearbeitung gehören auch:

Warmuth, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Erster Band. Den allgemeinen Theil enthaltend. Straßburg i/E. 1881. Heinrich u. Schmittner.

Schmidt, Lehrbuch des Preuß. Rechts und Prozesses. Supplementband. Theil I. Das jetzige Civilprozeßrecht, bearbeitet von Meves. Breslau 1880.

Meves, Die Civilprozeßordnung und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach jetzt geltendem preußischen Recht. Breslau 1881. Maruschke u. Berendt.

Rintelen, Systematische Darstellung des gesammten neuen Prozeßrechts (nämlich des Civil- und Strafprozeßrechts) einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts u. s. w. 3 Bde. Breslau 1881. Maruschke u. Berendt.

Den Uebergang zu den großen, allen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechenden, aber noch unvollendeten systematischen Darstellungen des geltenden Civilprozeßrechts von

Dr. Adolf Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Band I. Leipzig 1885. Duncker u. Humblot.

und

Jul. Wilh. Planck, Lehrb. des Deutschen Civilprozeßrechts. Band I. Allg. Theil. Nördlingen 1887. C. H. Beck'sche Buchhandlung.

bildet:

Fr. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akad. u. prakt. Gebrauch. 1—3. Abth. München 1886. Th. Ackermann,

welches viele treffliche Ausführungen enthält, aber die historische Seite (absichtlich) allzusehr vernachlässigt und in manchen Theilen nicht ganz gleichmäßig gearbeitet ist.

Ein wichtiges Hülfsmittel für die Erkenntniß und Anwendung der CPO. bilden auch die Zeitschriften:

Der Entwickelung des neuen Civilprozesses ganz besonders gewidmet ist die mit großem Geschick redigirte „Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß" von H. Busch, Landgerichtsrath in Erfurt, seit Bd. 7 im Verein mit F. Vierhaus, Regierungsrath im Reichsjustizamt.

Werthvolle Arbeiten in Bezug auf das neue Civilprozeßrecht enthalten auch die neueren Bände des „Archivs für die civilistische Praxis", der „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts" von Rassow u. Küntzel (früher Gruchot), der „Kritischen Vierteljahrsschrift" von Brinz u. Pözl (jetzt Brinz und Seydel), das „Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart" von Bödiker, die Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins (herausgegeben von Hänle u. Johannsen, später Lüntzel, dann M. Kempner), die Deutsche Juristenzeitung (von Fr. Wallmann) und andere Zeitschriften[117]).

117) Vgl. Wach I S. 180 Anm. 34.

Hierzu treten die zahlreichen Sammlungen von Rechtssprüchen, namentlich von Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte[118]).

Zu nennen ist auch das „Lexicon der Civilprozeß- und Konkursgesetzgebung des Deutschen Reichs, zusammengestellt von Dr. W. v. Melle, Rechtsanwalt" (Hamburg 1879. Otto Meißner), welches in alphabetischer Ordnung die einschlagenden Vorschriften sehr übersichtlich gruppirt.

Das Gerichtsverfassungsgesetz behandeln außer einem Theil der vorstehenden Kommentare (Endemann, v. Wilmowski u. Levy, v. Bülow rc.) u. A.:

Ad. Keller, Appell.-Ger.-Rath, Das Gerichtsverfassungsgesetz f. d. D. Reich. Für den prakt. Gebrauch erläutert. Lahr 1877. Moritz Schauenburg.

Th. Hauck, Bez.-Amtmann, GVG. f. d. D. Reich nebst d. Einf.-Ges. Nördlingen 1879. C. H. Beck'sche Buchhandlung.

Die Justizgesetzgebung des Deutschen Reichs. I. Abtheilung. IV. Das Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar von G. Thilo, K. Preuß. Kreisgerichtsdirektor (später Landgerichtspräsident). Berlin 1878/79. Carl Heymann's Verlag.

Dr. E. Löwe, Geh. Justizrath (jetzt Geh. Ober-Just.-Rath), Die Strafprozeßordnung f. d. D. Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Mit Kommentar. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1884. J. Guttentag (D. Collin)[119]).

Dr. F. O. v. Schwarze, Komm. zu d. D. Strafprozeßordnung u. zu den auf dieselbe bez. Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes. Leipzig 1877. Fues' Verlag (R. Reisland)[120]).

Turnau, Kammergerichtsrath (jetzt Reichsgerichtsrath), Die Justizverfassung in Preußen nach Reichs- und Landesrecht. Erster Theil (erste Hälfte). Berlin u. Leipzig 1882. J. Guttentag (D. Collin).

Eine vollständige Sammlung der Materialien enthält:

Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Auf Veranlassung des Kais. Reichsjustizamts herausgegeben von C. Hahn, Geh. Ober-Justizrath, Senatspräs. d. Kammergerichts. 4 Bde. Berlin 1879—1881. R. v. Decker's Verlag. Eine zweite Auflage ist nach dem Tode Hahn's von E. Stegemann besorgt. Die beiden ersten Bände beziehen sich auf das GVG., die CPO. und die Einf.-Gesetze zu denselben.

Die Justizreform, soweit sie sich auf Gerichtsverfassung und Civilprozeß bezieht, behandelt auch die Abh. von Sydow a. a. O. (s. oben Anm. 84).

Eine Zusammenstellung der Literatur über den neuen Civilprozeß (bis Mitte 1881) giebt Birkmeyer in d. Mecklenb. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft I Heft 2 (auch als Separatabdruck erschienen) und (bis Nov. 1883) in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 179 ff. (auch im Separatabdruck erschienen), ferner einen Literaturbericht über den Civilprozeß seit Mitte 1884 bis Mitte 1886 Fischer im civ. Arch. 70 S. 321 ff. Die in juristischen Zeitschriften (bis Mitte 1886) erschienenen Abhandlungen stellt zusammen Seligsohn in Busch, Zeitschr. f. d. Civilprozeß VIII S. 383 ff., X S. 532 ff.

---

118) Vgl. oben „Erklärung der wichtigsten Abkürzungen" u. Wach I S. 182 Anm. 35.

119) Die Erläuterung des GVG. ist darin auf die mehr oder weniger das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen beschränkt.

120) Auch hier werden nur die auf das Strafverfahren bezüglichen Bestimmungen erläutert.

Civilprozeß-Ordnung

für das Deutsche Reich.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 1. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

N. Entw. – Entw. I. § 1. Entw. II. § 1. Entw. III. § 1. Mot. S. 48. Prot. S. 4.

Erster Titel.

1) Die „sachliche Zuständigkeit" bildet den Gegensatz zur örtlichen Zuständigkeit (Tit. 2). Nach der „Zuständigkeit" überhaupt bestimmt sich der „gesetzliche Richter" des Rechtsstreits (GVG. § 16). Während aber die „sachliche Zuständigkeit" auf allgemeinen Kategorieen der Sachen beruht, nach welchen sich die Vertheilung unter die verschiedenen Arten der Gerichte regelt, richtet sich die „örtliche Zuständigkeit" („der Gerichtsstand") nach Merkmalen des einzelnen Falls, wonach das eine oder andere der an sich gleichartigen und nur nach dem örtlichen Bezirk gegen einander abgegrenzten Gerichte zur Entscheidung berufen ist. Beide Arten von Zuständigkeit unterliegen in gewissem Maße der Vereinbarung (Tit. 3). Ueber beiden steht der Begriff der Gerichtsbarkeit (GVG. Tit. 2). Vgl. CPO. § 247. Nr. 1, 2.

2) Eine eigenthümliche Auffassung der Kompetenzordnung sucht Fitting (civ. Arch. 63 S. 245) dahin zu begründen, daß jedes ordentliche Gericht erster Instanz für jede Klage zuständig sei, was nur zwei Ausnahmen erleide, die eine mit Rücksicht auf die Interessen des Beklagten, indem es Letzterem häufig gestattet sei, die Einlassung auf die Klage abzulehnen, die andere mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse, indem in gewissen Fällen bestimmte Gerichte mit Ausschluß der anderen für zuständig erklärt seien. Der ganze Bau der CPO. ist jedoch mit dieser Auffassung unvereinbar. [Dieselbe ist erschöpfend widerlegt von RG. I S. 443, 444 u. Wach in Gruchot, Beitr. XXIV. S. 704, 723 ff., 729, 730. Vgl. auch Birkmeyer: Das gegenseitige Verhältniß der §§ 38 ff. u. 247 Z. 1 u. Abs. 3 der RCPO., Rostock 1881, S. 5, 27 ff. und in Busch, Zeitschr. VII S. 473 ff.; Bülow: Dispositives Civilprozeßrecht, im civ. Arch. 64 (auch in bes. Abdruck) S. 32; Wieding im Rechtslexikon III S. 1472 ff.; Renaud in Busch,

§ 2. Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

N. Entw. § 12. Entw. I. § 2. Entw. II. § 2. Entw. III. § 2. Mot. S. 48. Prot. S. 4.

§ 3. Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie

Zeitschr. V S. 28 ff., 44; Vierhaus das. S. 73; Francke das. S. 473; Just im civ. Arch. 68 S. 286 ff.; A. Förster S. 69; Hellmann, Lehrb. S. 138 ff. Für Fitting, welcher seine Theorie in Busch, Zeitschr. VI S. 338 ff. abermals zu rechtfertigen sucht, erklärt sich bisher nur Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 258 Anm. 4, jedoch (wie v. Amsberg das. 65 S. 61 mit Recht bemerkt) ohne neue Stützpunkte zu bieten.]

3) Abgesehen von § 1 enthält der vorliegende Titel nur die Bestimmungen über die Festsetzung des Werths des Streitgegenstandes (§§ 2—9) und einige Vorschriften zur thunlichsten Verhütung widersprechender Entscheidungen verschiedener Gerichte über die Frage der sachlichen Zuständigkeit bezüglich eines und desselben Rechtsstreits (§§ 10, 11).

§ 1.

1) Der Begriff der sachlichen Zuständigkeit hat auch für die übrigen Justizgesetze — KO. und Str.PO. — Bedeutung. Die dahin gehörigen Regeln sind daher grundsätzlich in das GVG. aufgenommen.

2) Im Civilprozesse sind entweder die Amtsgerichte oder die Landgerichte, in den höheren Instanzen die Landgerichte oder die Oberlandesgerichte bezw. das Reichsgericht oder ein oberstes Landesgericht zuständig. Vgl. GVG. §§ 23, 24, 70, 71, 123, 135, 158, 160, EG. z. GVG. § 8. Grundsätzlich nicht unter den Begriff der sachlichen Zuständigkeit, sondern in das Gebiet der inneren Geschäftsvertheilung fallen die von den Kammern für Handelssachen handelnden Bestimmungen; vgl. GVG. §§ 101—108.

3) Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit finden sich nicht ausschließlich in dem GVG., sondern auch in der CPO., namentlich für die Zwangsvollstreckung (vgl. z. B. §§ 448, 568, 571, 594, 606, 617, 620, 624, 626, 629, 684, 755, 799, 820, 834). S. auch KO. §§ 64, 134, 152, 202, 208. Die sachliche Zuständigkeit ist (wie die örtliche) zuweilen eine ausschließliche (vgl. § 40 Anm. 2).

§ 2.

1) — „der Gerichte" — nämlich der Amtsgerichte und der Landgerichte. Die ersteren sind in der Regel zuständig bei „Klagen über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt"; indessen sind den Amtsgerichten sowohl als den Landgerichten gewisse Sachen ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zugewiesen (GVG. §§ 23, 70).

2) — „die nachfolgenden Vorschriften" — d. h. die §§ 3—9; dieselben sind auch in den Fällen der §§ 508 Abs. 2 und 649 Nr. 4 sowie nach GKG. § 9 bezw. GO. f. RA. § 10 für den Ansatz der Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren maßgebend. Vgl. auch § 10 Anm 2, § 92 Abs. 3.

§ 3.

1) Streitgegenstand in dem vorliegenden Sinne ist der durch die Klage oder Widerklage zur richterlichen Entscheidung gebrachte Anspruch (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2), welcher aber nicht mit dem „materiellen Rechtsverhältniß, über welches die Parteien streiten" (Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 7 Anm. 5), noch auch mit dem Leistungsgegenstand (s. dagegen Wach I S. 369) identisch ist. Vgl. auch GVG. § 23 Nr. 1. [In anderer Beziehung gehören freilich auch die Gegenforderung und der Kostenpunkt zum Streitgegenstande (vgl. Schollmeyer: D. Zwischenstreit unter d. Part. I. Berlin, 1880. S. 9 ff.; ders.: D. Kompensationseinrede im D. R.Civilprozeß. Berlin u. Leipzig, 1884. S. 25 f., Wach I S. 370 Anm. 7)]. Auf das, was der

von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

N. Entw. § 12. Entw. I. § 3. Entw. II. § 3. Entw. III. § 3. Mot. S. 49. Prot. S. 4.

Gegner einräumt oder was der Kläger bzw. Widerkläger in den Gründen oder dem Antrage von vornherein als Gegenleistung oder Belastung oder bloß qualitative Einschränkung anbietet oder zugiebt, kommt es nicht an (vgl. RG. V S. 408, Endemann I S. 226, Wach I S. 373 ff., 381, Wilm. Levy Anm. 1). [Zu weit geht daher J. Schmidt: Der Werth des Streitgegenstandes. Leipzig, 1884, wenn er unter heftiger Polemik gegen die herrschende Meinung den Werth des Streitgegenstandes nach der Differenz zwischen dem Vermögen des Klägers ohne den Anspruch und dem Vermögen mit dem Anspruch, also nach dem Vermögens-Interesse bestimmen will. Dieses Interesse kann kleiner, aber oft auch weit größer sein als der Streitgegenstand. Wird freilich nur um einen Mehrbetrag gestritten (wie in Enteignungsprozessen — RG. IV S. 386), so ist nur dieser der Streitgegenstand. (S. auch Tränkner in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 716 ff., Wach I S. 368 ff.)]

Die Klageschrift soll den Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angeben, wenn die Zuständigkeit von diesem Werthe abhängt (§ 230 Abs. 3). Vgl. auch § 516 Abs. 3, GKG. § 14, GO. f. RA. § 86. Es ist Sache des Beklagten, bei der mündlichen Verhandlung vor der Verhandlung der Hauptsache mittels prozeßhindernder Einrede die Unzuständigkeit wegen höheren oder minderen Werths geltend zu machen (§§ 39, 247, 467); im amtsgerichtlichen Verfahren hat ihn jedoch der Richter auf die sachliche Unzuständigkeit aufmerksam zu machen (§ 465 Abs. 2). Richterliche Entscheidung tritt nur ein, wenn der Werth streitig ist. So namentlich auch, wenn der Kläger ausbleibt und der Beklagte den von diesem zu Grunde gelegten Werth bestreitet (§ 295 Anm. 3 a. E.). Wird gegen den ausgebliebenen Beklagten die Erlassung eines Versäumnißurtheils beantragt, so gilt die Werthangabe des Klägers, wenn sie in der mündlichen Verhandlung wiederholt wird, als zugestanden (vgl. § 296 Anm. 2, 3); zu einer richterlichen Werthsbestimmung wird also hier nur dann Veranlassung sein, wenn die klägerischen Angaben den Werth nicht genau ergeben. (Vgl. auch § 39 Anm. 2, Endemann I S. 225, Gaupp I S. 21, 22 u. A. A. M. Puchelt I S. 97, 98. Die Mot. sind zweideutig, sprechen aber nicht für das Gegentheil.)

Die Entscheidung ergeht in den Gründen des die Zuständigkeit bejahenden oder verneinenden Urtheils und kann nur mit diesem angefochten werden.

2) Die Festsetzung erfolgt „nach freiem Ermessen“ (wie in den Fällen der §§ 104, 260, 801, 805, 807, 817) auf Grund einer beantragten Beweisaufnahme oder ohne solche. Vgl. RG. II S. 403, III S. 390 (unten § 7 Anm. 2), III S. 96 (Herausgabe von Urkunden und Büchern; s. Ude in Busch, Zeitschr. VI S. 451 ff.) u. s. w.; auch KO. § 136. Wie überhaupt (§ 135), so kann das Gericht auch hier von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Vgl. §§ 6—9; GKG. § 17. Auch der Berufungsrichter hat diese Befugniß (§ 487).

Bei negativen Feststellungsklagen kommt es auf den Werth des Anspruchs an, dessen sich der Beklagte berühmt hat (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 243 u. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 373).

Bei Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen bestimmt sich der Werth nach der geforderten Leistung ohne Abzug der Gegenleistung (vgl. oben Anm. 1, § 8, RG. V S. 408. A. M. Schmidt a. a. O. S. 76 ff.). Es würde sonst an einem Werthe des Streitgegenstandes öfters ganz fehlen.

3) „Werth“ — d. h. der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Werth des Streitgegenstandes (vgl. Wach I S. 382, 383). Ein anderer als der gemeine Werth [z. B. bei Handelswaaren der Markt- oder Börsenpreis (HGB. Art. 353)], also der „Werth der besonderen Vorliebe“ oder der „außerordentliche Werth“ (Preuß. ALR. I 2 §§ 114, 115) ist in der Regel nicht, sondern nur dann zu berücksichtigen, wenn die besondere Lage des Falles es rechtfertigt.

§ 4. Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

N. Entw. § 13. Entw. I. § 4. Entw. II. § 4. Entw. III. § 4. Mot. S. 49.' Prot. S. 4.

„Ein anderer Werth wird nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen können, wenn nach dem Inhalte der Klage der Affectionswerth beansprucht wird oder wenn der Streitgegenstand aus besonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einen höheren als den gemeinen Werth hat." (Mot.)

Das „freie Ermessen" des Richters soll hier wie für schwer abzuschätzende (sog. „unschätzbare") Gegenstände den richtigen Weg finden. Die Möglichkeit, daß der Streitgegenstand überhaupt nicht abzuschätzen sei (ALR. I 2 § 119; HG. § 6), ist nicht anerkannt (Nordd. Prot. S. 86). Es ist vielmehr stillschweigend vorausgesetzt, daß der Gegenstand eines jeden vermögensrechtlichen Anspruchs sich in Gelde abschätzen lasse. (So auch RG. X S. 322.) Positive Bestimmungen hinsichtlich der Kosten bei nicht vermögensrechtlichen Gegenständen enthält GKG. § 10.

Bei Geltendmachung von Theilen eines Anspruchs kann immer nur der Werth des Theils entscheiden, auch wenn er nicht individualisirt ist. (AM. Zitelmann in Busch, Zeitschr. VIII S. 276, 277. S. dagegen Wach I S. 371 Anm. 10.)

4) Die Festsetzung ist auch für die Berechnung der Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren maßgebend (GKG. § 15, GO. f. RA. § 11). Eventuell erfolgt zu diesem Zwecke eine besondere (gebührenfreie) Festsetzung (GKG. § 16), gegen welche auch seitens der Staatskasse Beschwerde zulässig ist (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1178).

§ 4.

1) Wann die Klage als erhoben gilt, bestimmen die §§ 230, 254, 460, 461, 471. Wegen des Mahnverfahrens s. §§ 633, 635, 636.

2) Eine spätere Verminderung des Streitgegenstandes ändert nichts in der Zuständigkeit des Landgerichts (§ 235 Nr. 2), während durch Erweiterung desselben (nicht durch bloße Erhöhung seines Werths) — §§ 240 Nr. 2, 3; 253; 254 — die Unzuständigkeit des Amtsgerichts herbeigeführt werden kann (§ 467). Auf das Verhalten des Beklagten im Prozesse kommt es nicht an (vgl. § 3 Anm. 1, RG. III S. 392); ebensowenig (Ausnahme in § 7) auf das Interesse des Beklagten (Wach I S. 376 ff).

Andrerseits ist überhaupt nicht das Interesse entscheidend, sondern der Werth (s. § 3), z. B. die geforderte Schadensersatzsumme bei Klagen auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht, nicht das etwa besonders abzuschätzende Interesse an dieser Feststellung (vgl. RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 5 S 265).

3) „Früchte, Nutzungen" u. s. w. (die Aufzählung ist nicht bloß exemplikativ und läßt keine ausdehnende Anwendung zu — vgl. RG. XIII S. 396) bleiben schlechthin — auch bezüglich der Zeit vor Erhebung der Klage — außer Betracht (der Einfachheit der Berechnung wegen), abweichend vom bisherigen Preuß. Rechte, dessen Terminologie (ALR. I 2 § 110, I 7 §§ 189 ff., I 9 § 220, AGO. I 23 §§ 58 ff.) gleichwohl gewählt ist. Der Grundsatz gilt auch bei Prioritätsstreitigkeiten (s. RG. IV S. 367).

Der Begriff der „Früchte" u. s. w. bestimmt sich nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte (vgl. z. B. Windscheid, Pand. I §§ 143, 144), nicht allgemein nach dem Preuß. ALR. (wie Siebenhaar S. 35 anzunehmen scheint). „Nutzungen" ist der weitere Begriff, welcher Früchte und Zinsen mitumfaßt (vgl. auch § 9 und A. Förster S. 10 ff.). Unter „Zinsen" sind gesetzmäßige wie vertragsmäßige zu verstehen (Nordd. Prot. S. 80).

„Schäden" bezeichnen Ansprüche auf Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns („Interesse" — vgl. z. B. Preuß. ALR. I 5 §§ 286, 287, I 6 §§ 1—7) aus einem mit der Hauptsache zusammenhängenden Grunde. Auch eine Konventionalstrafe gehört hierher, wenn sie neben der Hauptsache eingeklagt wird, z. B. im Falle des Preuß. ALR. I 5 § 295.

§ 5. Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

N Entw. § 14. Entw. I. § 5. Entw. II. § 5. Entw. III. § 5. Mot. S. 50, 80. Prot. S. 4, 12.

(Vgl. Petersen § 4 II 3, Seuffert Anm. 2, Endemann I S. 228, Wach I S. 385 Anm. 35, ROHG. 16 S. 397. A.M.: Sarwey I S. 19, Kleiner I S. 75). Eigentliche Prozeßschäden (Preuß. AGO. I 23 §§ 59, 60) sind dagegen nicht hierher zu rechnen.

„Kosten" — nicht bloß die des anhängigen Prozesses, sondern auch alle außerhalb des letzteren entstandenen Kosten, welche zur Rechtsverfolgung bezw. Vertheidigung aufgewandt sind, z. B. Stempel, Porto u. s. w. (Vgl. Wach I S. 385 Anm. 52, Endemann I S. 228, Gaupp I S. 25, Petersen § 4 II 4 u. A. A. M. Puchelt I S. 104.) Futterkosten (bei der redhibitorischen Klage) gehören weder zu den Kosten noch zu den Schäden (RG. XIII S. 396). Wegen der Protestkosten und anderer Nebenforderungen in Wechselsachen vgl. § 508 Anm. 3.

Auch wenn die Nebenforderungen mehr als 300 Mark betragen, der Werth des Hauptanspruchs aber diese Summe nicht übersteigt, ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht ausgeschlossen, obschon das Gegentheil gilt, wenn sie selbständig verfolgt werden.

Abweichend hinsichtlich der Gebühren in mehrfacher Beziehung GKG. § 13 (GO. f. RA. § 10).

4) — „wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden" — d. h. neben einer anderen (Haupt-) Forderung, von welcher sie abhängig sind (vgl. Wach I S. 384 Anm. 14); auch im Konkurse (RG. VII S. 326). Ob sich die Nebenforderungen auf ein Versprechen als Klagegrund stützen, ist unerheblich (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 242). Treten sie allein auf oder nicht als Nebensache, sondern als Bestandtheile oder Zubehörungen der Hauptsache, z. B. rückständige Zinsen einer bezahlten Schuld neben dem Kapitalrest (Förster Anm. 2, S. 10), verlegte Zinsen bei der actio mandati contraria (Siebenhaar S. 37, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 4 III 4), Fütterungskosten neben dem Anspruche auf Rücknahme des Thiers (RG. XIII S. 396), Kosten eines Vorprozesses gegen den Schuldner, welche vom Cessionar gegen den Cedenten neben dem Anspruche auf Rückzahlung der Valuta geltend gemacht werden (RG. VIII S. 365, X S. 345; einen anderen Fall s. RG. XII S. 258), so müssen sie bei der Werthsberechnung berücksichtigt werden (vgl. § 5 Anm. 2).

§ 5.

1) Die Zusammenrechnung gilt für den Fall der sog. subjektiven wie für den der objektiven Klagenhäufung (§§ 56, 57, 232). Wie die Mot. hervorheben, kommt es auch nicht darauf an, ob die Ansprüche auf demselben Grunde oder auf verschiedenen Gründen beruhen. Vgl. § 232 Anm. 2. Bei Geltendmachung einer Solidar- oder Korreal-Verbindlichkeit, z. B. aus einem Wechsel, wird der Gegenstand aber nicht durch die Zahl der Beklagten vervielfacht (Petersen § 5 Nr. 1 a. E., OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 475, D. J. Ztg. 1883 S. 565, Wach I S. 381). Ansprüche, welche ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes der amtsgerichtlichen Zuständigkeit unterliegen, sind von der Zusammenrechnung ausgeschlossen. Das Amtsgericht bleibt also zuständig, auch wenn bei Verbindung eines Anspruchs aus GVG. § 23 Nr. 2 und eines Anspruchs unter 300 Mark der Gesammtwerth 300 Mark übersteigt.

Das richterliche Trennungs- und Verbindungsrecht (§§ 136, 138) hat auf die Anwendung des § 5 keinen Einfluß. Denn für die Zuständigkeit entscheidet der Zeitpunkt der Erhebung der Klage (§ 3 Anm. 1, § 4 Anm. 1, 2; § 235 Nr. 2). Von dem Zeitpunkte der Verbindung an aber werden die richterlich verbundenen Sachen auch hinsichtlich der Werthsberechnung, z. B. in Betreff der Revisibilität und der Gerichtskosten, so behandelt, als wären sie schon in der Klage verbunden gewesen (s. § 138 Anm. 2, § 508 Anm. 3, RG. V S. 354, VI S. 446).

§ 6. Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.

N. Entw. § 12 Z. 1, 2, 3. Entw. I. § 6. Entw. II. § 6. Entw. III. § 6. Mot. S. 50. Prot. S. 4.

Bei der sog. sukzessiven Klagenhäufung (§ 232 Anm. 6) findet eine Zusammenrechnung so wenig statt, wie bei der Forderung derselben Sache aus mehreren unabhängig neben einander stehenden Klaggründen oder bei der Häufung eines prinzipalen und eines akzessorischen Anspruchs, z. B. der persönlichen und der Pfandklage, oder bei Verbindung einer prinzipalen und einer eventuellen Klage. In letzterem Falle entscheidet der mehrwerthige Anspruch; dasselbe gilt bei alternativen Anträgen, wenn Kläger sich die Wahl vorbehält (vgl. Seuffert § 3 Anm. 4, Wilm. Levy § 3 Anm. 1, S. 23, Wach I S. 380). Eine Zusammenrechnung findet hier nicht statt (A. M. Zitelmann in Busch, Zeitschr. VIII S. 277).

2) Zu diesem Paragraphen hat die RTK. konstatirt (vgl. Einl. X a. E., S. XXV), daß unter „Ansprüchen" hier nur diejenigen Ansprüche im weiteren Sinne zu verstehen seien, welche selbständig, nicht auch diejenigen, welche akzessorisch geltend gemacht werden. Die Zusammenrechnung erstreckt sich also nicht auf Nebenforderungen an Früchten u. s. w. (§ 4). — Ueber den Begriff „Anspruch" vgl. im Uebrigen §§ 136, 137 Anm. 2.

3) Mehrere in einer Widerklage — s. § 33 (nicht in mehreren selbständigen Widerklagen einzelner Streitgenossen — s. Wilm. Levy Anm. 1) geltend gemachte Ansprüche unterliegen der Zusammenrechnung. Dagegen bleiben Klage und Widerklage getrennt. Die letztere ist hier aus Zweckmäßigkeitsgründen wie eine Einrede behandelt. [Da § 5 sich auf den negativen Satz beschränkt, daß der Gegenstand der Widerklage dem der Klage nicht hinzugerechnet werde, so ist der Einwurf Loening's in Busch, Zeitschr. IV S. 24 Anm. 18 nicht verständlich. Daß für die sachliche Zuständigkeit die Widerklage nichtsdestoweniger von Bedeutung ist, ergiebt sich anderweit (vgl. §§ 33 Anm. 5, 467 Anm. 1, 2)].

Abweichend hinsichtlich der Gebühren GKG. § 11 Abs. 1 (GO. f. RA. § 10).

§§ 6—9.

Die §§ 6—9 normiren das „freie Ermessen" für gewisse besonders häufige und zweifelhafte Fälle. Die Verletzung begründet die Revision (vgl. Seuffert § 6 Anm. 1, Petersen S. 10. A. M. aus Mißverständniß der Mot. Gaupp I S. 29). Anleitungen für die Berechnung des Streitgegenstandes bei Klagen, welche Geld zum Gegenstande haben, giebt Siebenhaar S. 38—43. Vgl. auch Wach I S. 390 ff.

§ 6.

1) — „durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz" — im weitesten Sinne (A. M. gegenüber fast allen Komm. Wach I S. 386, welcher § 6 auf die eigentlichen Besitzklagen beschränkt, da bei Klagen, welche auf ein dingliches oder persönliches Recht gestützt seien, der „Besitz" nicht „Gegenstand des Streits" sei; er ist solches aber insofern, als er vom Kläger unter Widerspruch des Beklagten verlangt wird), also in allen Fällen, in welchen die Herausgabe einer körperlichen Sache gefordert wird, z. B. mittels der rei vindicatio, Publiciana in rem actio oder einer persönlichen Traditions- oder Restitutionsklage, z. B. Klagen auf Pachtrückgewähr [Seuffert, Arch. 37 Nr. 246], aber auch bei eigentlichen Besitzklagen — vgl. § 25 Anm. 1 a. E. (So auch Hellmann Lehrb. S. 85. A. M. Siebenhaar S. 34 Anm. und S. 44). Auch die Klagen aus „unvollständigem Besitz" (Preuß. ALR. I, 7 § 6) gehören hierher, wenn der Anspruch auf die Herausgabe der Sache oder die Ausübung (den „Besitz") des Rechts gerichtet ist. Letzteres gilt auch bei solchen Rechten, „die von dem Besitze einer körperlichen Sache nicht abhängen" (das. §§ 78 ff.). [Vgl. A. Förster Anm. 1, Wach I S. 386 Anm. 54 a. E.] Anders bei Ansprüchen auf Exhibition oder Edition; bei diesen entscheidet vielmehr lediglich freies Ermessen (§ 3), welches aber selbstverständlich in dem Werth des Rechts, dem die Klage dienen

§ 7. Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

N. Entw. § 12 Z. 4. Entw. I. § 7. Entw. II. § 7. Entw. III. § 7. Mot. S. 50. Prot. S. 4.

---

soll, ihr Maximum erreicht (Wach I S. 390); ebenso bei Ansprüchen auf Herausgabe von Geschäftsbüchern (RG. IV S. 403), von Wechseln (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 418). Auch bei Negatorienklagen ist § 6 nicht anwendbar (RG. III S. 390; vgl. § 7 Anm. 1 u. 2).

2) — „einer Forderung, wenn — ein Pfandrecht" — d. h. der Forderung, welche durch das Pfandrecht verstärkt ist (N. E. § 12 Nr. 2). Hierher gehört auch die Klage auf Löschung einer Hypothek oder Grundschuld (s. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 63 — GS. S. 433), mag sie unter § 25 fallen oder nicht (s. § 25 Anm. 1), ferner der Widerspruch gegen eine nach Art. 2169 des Code civ. erlassene Aufforderung (RG. X S. 344). Wird die Pfandrechtsklage mit der persönlichen Klage verbunden (s. z. B. § 26), so kann gleichfalls nur der Betrag der Forderung maßgebend sein. (Vgl. auch Gaupp I S. 30, Wilm. Levy Anm. 5, Seuffert Anm. 4 u. A. Schwankend Endemann I S. 232. A. M.: Sarwey I S. 21, Hellmann I S. 58.) Bei der Exekutions-Intervention (§ 690) ist die Befreiung der Sache von dem Pfändungspfandrecht Streitgegenstand; § 6 ist also unmittelbar anzuwenden (RG. X S. 393; Wach I S. 387 Anm. 58; vgl. auch OLG. Cöln in Busch, Zeitschr. VII S. 94, welches mit Unrecht stets den Pfandwerth entscheiden läßt). Nur zur entsprechenden Anwendung eignet sich § 6 dagegen bei Prioritäts-Streitigkeiten. Hier kommt es auf die geringere der beiden konkurrirenden Forderungen an bzw. auf den verfügbaren Gegenstand, falls letzterer einen noch geringeren Werth hat (vgl. KO. § 136, GO. f. RA. § 39 Abs. 2, RG. IV S. 365, Wach I S. 357 Anm. 58). — Bei Anfechtungsklagen (KO. §§ 22 ff., Ges. v. 21. Juli 1879 — RGBl. I. S. 277) entscheidet der Werth der beizutreibenden Forderung, sofern nicht der Vermögensgegenstand, welcher zur Befriedigung dienen soll, einen geringeren Werth hat (RG. VII S. 393, Wach I S. 376). — Bei Geltendmachung eines Retentionsrechts findet § 6 auf das Verhältniß der retinirten Leistung zu derjenigen Leistung, wegen welcher retinirt wird, keine Anwendung (RG. XII S. 155. A. M.: Bunsen: Das gesetzliche Pfand- u. Zurückbehaltungsrecht. Rostock, 1884. S. 36, Wach I S. 387).

§ 7.

1) „Grunddienstbarkeit" — Real-Servitut, Grundgerechtigkeit (Preuß. ALR. I 22 § 12) einschließlich der „gesetzlichen Servituten" aus dem Nachbarrecht (s. das. I, 8 §§ 123 f., Entsch. d. O. T. 68 S. 121). Die vermeintliche Unschätzbarkeit der Grundgerechtigkeit ist also nicht anerkannt (vgl. § 3 Anm. 3). Auf die Partei-Stellung kommt es nicht an; der Grundsatz gilt für die negatorische wie für die konfessorische Klage, für erstere selbstverständlich nur, sofern schon in der Klage (§ 4) hervortritt, daß die Freiheit von der Grunddienstbarkeit den Streitgegenstand bildet (vgl. Nordd. Prot. S. 87). [Ebenso fast alle Kommentare. A. M.: Siebenhaar S. 45; weniger bestimmt Endemann I S. 233.] Auch persönliche Klagen, deren Gegenstand eine Grunddienstbarkeit ist, sind nicht ausgeschlossen (vgl. § 6 Anm. 1); wohl aber Klagen wegen Personal-Servituten oder anderer dinglichen Rechte sowie wegen Reallasten (vgl. § 9). (A. M. in letzterer Beziehung Petersen § 7 Nr. 1; Wach I S. 387 Anm. 61 will § 7 auf Reallasten wie auf gesetzliche Servituten analog anwenden.)

2) Wird negatorisch wegen einer Störung des Eigenthums geklagt, welche sich nach der Klage nicht als Ausübung einer Grunddienstbarkeit darstellt, so ist § 7 nicht anwendbar, sondern der Richter bestimmt nach freiem Ermessen (§ 3), wie hoch das Interesse des Klägers an Beseitigung des Eingriffs des Beklagten zu schätzen ist (RG. III S. 390).

§ 8. Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsberechnung entscheidend.

N. Entw. § 12 Z. 5. Entw. I. § 8. Entw. II. § 8. Entw. III. § 8. Mot. S. 50. Prot. S. 4.

§ 9. Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag, bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesammtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

N. Entw. § 12 Z. 6. Entw. I. § 9. Entw. II. § 9. Entw. III. § 9. Mot. S. 50. Prot. S. 4.

---

§ 8.

1) — „das Bestehen oder die Dauer" — hauptsächlich also die hierauf gerichtete Feststellungsklage (§§ 231, 253). [Nur diese rechnen hierher: Hellmann I S. 60, II S. 16, Wach I S. 388, Warmuth in Busch, Zeitschr. V S. 501 ff., A. Förster Anm. 1 u. A. Indessen wird auch in dem Falle, wenn sogleich auf Räumung oder auf Auflösung des Vertrags geklagt wird, über Dauer bezw. Bestehen desselben entschieden. Vgl. auch GVG. § 23 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 1. Freilich darf dies nicht bloß zur Substantiirung dienen (LG. Leipzig in Busch, Zeitschr. VI S. 474), sondern muß im Tenor des Urtheils zum Ausdruck kommen.] Ausgeschlossen sind bloße Erfüllungsklagen (A. M. Endemann I S. 234) sowie die unbedingt den Amtsgerichten überwiesenen Streitigkeiten (GVG. § 23 Nr. 2 Abs. 1).

2) „Zinses" — Der Ausdruck bedeutet nicht ausschließlich Geld (s. Preuß. ALR. I 21 § 264, Endemann I S. 234, Sarwey I S. 23), schließt aber die Dienstmiethe (Windscheid, Pand. II § 401, Preuß. ALR. I 11 § 809 ff.) aus (RG. IV S. 399, Hellmann I S. 61 Anm. 4 und 11, Gaupp I S. 33, Wach I S. 391 u. A. A. M. Kleiner I S. 92).

Ist die Dauer des Verhältnisses unbestimmt (s. z. B. Preuß. ALR. I 21 §§ 336, 340), so ist das Ermessen frei; nur darf der fünfundzwanzigfache Betrag des Jahreszinses nicht überschritten werden.

Die Gegenleistung kommt nicht in Betracht (s. § 3 Anm. 1, 2).

§ 9.

1) Auf den landesgesetzlich sehr verschiedenen Ablösungswerth kommt es nicht an.

2) — „des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen" — gleichviel ob aus dinglichem oder obligatorischem Rechtsverhältniß (Wach I S. 389, Gaupp I S. 34), z. B. Zehnten, Dienste u. s. w.; Renten aus Alimenten- oder Entschädigungsklagen, z. B. auf Grund des Haftpflichtgesetzes (Petersen § 9 Nr. 4) u. s. w. Wesentliche Voraussetzung ist dabei die Bestrittenheit des Rechts selbst. Die Nutzungen (§ 4 Anm. 3) oder Leistungen müssen zwar wiederkehren, aber nicht gerade regelmäßig (periodisch) — wie nach Bayer. PO. Art. 5, Württ. PO. Art. 21 Nr. 3. Die Zeitabschnitte und die Größe können verschieden sein. Der Werth des einjährigen Bezugs wird fast immer ermittelt werden können (wenngleich vielleicht nur durch Aufstellen einer Durchschnittsrechnung). [So auch Seuffert Anm. 2b, Sarwey I S. 24, Endemann I S. 235 u. A. A. M.: Puchelt I S. 116, Hellmann I S. 62 Anm. 3.] Ist nicht das Recht selbst, sondern nur eine einzelne Nutzung oder Leistung oder eine begrenzte Mehrheit von solchen streitig, so ist § 9 unanwendbar. Vgl. KO. § 63.

3) — „wenn — ungewiß ist" — z. B. eine lebenslängliche Leibrente, eine auf ein bestimmtes höheres Lebensalter eingeschränkte Alimentenforderung (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 58).

4) — „bei unbeschränkter Dauer" — z. B. subjektiv dingliche Reallasten.

§ 10. Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

N. Entw. § 19. Entw. I. § 10. Entw. II. § 10. Entw. III. § 10. Mot. S. 51. Prot. S. 4, 495–497.

§ 11. Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

N. Entw. § 18. Entw. I. § 11. Entw. II. § 11. Entw. III. § 11. Mot. S. 51. Prot. S. 7.

---

§ 10.

1) Die Bevorzugung der Landgerichte, zu welchen auch die Kammern für Handelssachen (GVG. §§ 70, 100 ff.) gehören (vgl. GVG. § 107), beruht nach den Mot. darauf, daß die Rechtsprechung des Kollegialgerichts als die präsumtiv bessere gilt. Ebenso StrPO. § 269. Vorausgesetzt ist, daß das Landgericht sich für sachlich zuständig erklärt hat, sei es durch Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede (§ 247 Nr. 1), oder ohne solche (RG. XI S. 432), sei es durch Zwischenurtheil (§ 248) oder (ausdrücklich oder stillschweigend) in dem Endurtheil (so auch Wach I S. 363 Anm. 10. A. M. wegen des Zwischenurtheils A. Förster Anm. 3 u. in Betreff der Einrede überhaupt v. Bülow Anm. 1).

2) — „angefochten" — d. h. durch Rechtsmittel. Der Einspruch ist unbeschränkt, da er einer Begründung überhaupt nicht bedarf (vgl. §§. 305, 307). [So auch Endemann I S. 236, Hellmann I S. 63, Gaupp I S. 35, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Sarwey I S. 24.] Vgl. § 36 Anm. 7. Ob die Anfechtung auf den Werth des Streitgegenstandes (GVG. § 23 Nr. 1) oder auf GVG. § 23 Nr. 2 gegründet wird, ist nach der allgemeinen Fassung und den Mot. zu § 2 unerheblich. [So auch RG. IX S. 350, XI S. 432, RAnz. 1885 b. Beil. 5 S. 252, Bolgiano in Busch Zeitschr. I S. 67 u. Osterloh das. III S. 64, Gaupp a. a. O., Seuffert Anm. 2, Wach a. a. O. u. A. A. M.: Siebenhaar S. 47, v. Bülow Anm. 1. § 10 ist mithin auch im Falle des § 778 Abs. 2 anwendbar (RG. XIII S. 367).]

3) § 10 gilt nicht in dem Falle, wenn das Landgericht sich für unzuständig erklärt hat. Vgl. § 11. Auch bezieht er sich nicht auf die Anfechtung wegen örtlicher Unzuständigkeit.

§ 11.

1) „Ist die Unzuständigkeit — rechtskräftig ausgesprochen" — sei es von einem Landgericht oder von einem Amtsgericht, in Folge prozeßhindernder Einrede (§§ 247 ff., 465) bzw. eines nach § 467 gestellten Antrags oder in Ermangelung zulässiger Vereinbarung (§§ 38 ff.) von Amtswegen, und zwar mit formeller Rechtskraft (§ 645 Anm. 1, § 293 Anm. 1).

— „so ist — abhängig wird" — also für jedes Gericht ohne Einschränkung. (So auch Sarwey I S. 25, Endemann I S. 238 u. A. Die vermeintliche ratio legis für die von Siebenhaar S. 48 und Kleiner I S. 101 gemachten Unterscheidungen ist nicht anzuerkennen.)

Ein negativer Kompetenz-Konflikt (s. § 36 Nr. 6) ist hiernach auf diesem Gebiete (zwischen einem Amts- und einem Landgericht) unmöglich, soweit es sich um denselben Kompetenzgrund handelt. Weiter zu gehen und die Unzuständigkeitserklärung schlechthin für bindend zu erklären, ohne Rücksicht darauf, welche von den Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit jener Entscheidung zu Grunde liegt, ist nicht die Absicht gewesen, wie die Worte der Mot. „sich — aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich zuständig erklären" ergeben. (Vgl. auch Hellmann I S. 65, Endemann I S. 238, Gaupp I S. 37, 38, v. Bülow Anm. 1, 2, A. Förster Anm. 1b. A. M.: Petersen § 11 Nr. 3, Kleiner I S. 101, Wilm. Levy Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 1.) Die Redaktion („auf Grund der Bestimmungen") ist freilich nicht ganz deutlich.

Wegen des Verhältnisses der Kammern für Handelssachen und der Civilkammern

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

§ 12. Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

N. Entw. § 41, 74. Entw. I. § 12. Entw. II. § 12. Entw. III. § 12. Mot. S. 52. Prot. S. 7.

---

der Landgerichte unter einander sind die besonderen Bestimmungen des GVG. §§ 103—107 maßgebend.

2) Auf Antrag des Klägers ist mit der Unzuständigkeitserklärung des Landgerichts zugleich die Verweisung vor ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks auszusprechen (§ 249) und umgekehrt (§§ 466, 467); der Rechtsstreit gilt dann bei dem Amtsgericht bezw. Landgericht als anhängig. Bindend im Sinne des § 11 aber ist nur die Erklärung der sachlichen Unzuständigkeit. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit des später angerufenen Gerichts bleibt unberührt.

Zweiter Titel.

1) Der vorliegende Titel handelt von der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte (vgl. die allg. Bem. z. Tit. 1 und GVG. § 16 Anm. 2), jedoch ohne absolute Vollständigkeit. Neben dem „allgemeinen Gerichtsstande" (§§ 12—20) und den besonderen Gerichtsständen dieses Titels (§§ 21—34) kennt die CPO. noch zahlreiche besondere Gerichtsstände (§§ 61, 253, 547, 566, 568, 594, 606, 617, 624, 629, 660, 667, 684, 686, 687, 690, 704, 705, 710, 729, 755, 765, 774, 775, 778, 780, 799, 833, 834, 839, 871). Auch sind die reichsrechtlich bestehenden Gerichtsstände, da die betreffenden Vorschriften dem Prozeßrecht angehören, durch die CPO. nicht berührt (EG. z. CPO. §§ 13, 15 Nr. 2), wie N. E. § 74 ausdrücklich bestimmt [vgl. z. B. die Zitate § 19 Anm. 2, ferner HGB. Art. 315, 325, 342, 455, 475, 476, Rayon-Ges. v. 21. Dezbr. 1871 § 42 Abs. 2 (RGBl. S. 459), Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 § 21 (RGBl. S. 61), Kriegsleistungs-Ges. v. 13. Juni 1873 § 34 (RGBl. S. 129)]. Die Feststellungsklagen (§ 231) folgen dem Gerichtsstande der Klagen aus dem konkreten Rechtsverhältniß (vgl. § 29, RG. XIII S. 387). S. ferner KO. §§ 64, 134 Abs. 2, 152, 202, 208. Für gewisse Fälle endlich ist die Regelung des Gerichtsstandes den Landesgesetzen vorbehalten (§§ 823 Abs. 2, 837 Abs. 2; EG. z. CPO. §§ 11, 15 Nr. 2).

In § 35 wird das Verhältniß mehrerer zuständigen Gerichte zu einander, in den §§ 36, 37 für gewisse Fälle die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht geordnet.

Wegen der ausschließlichen Gerichtsstände s. § 12 Anm. 1.

2) Tit. 2 betrifft nur den gesetzlichen Gerichtsstand; über den vereinbarten s. Tit. 3.

3) In Betreff des privilegirten Gerichtsstandes s. § 12 Anm. 2; hinsichtlich der Ausländer s. § 12 Anm. 3.

4) Die zur Begründung des Gerichtsstandes dienenden Thatsachen sind nöthigenfalls vom Kläger zu beweisen (s. RG. III S. 381, VII S. 310). [Ueber die Konsequenz dieses Satzes beim Gerichtsstand des Vertrages s. Stein in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 433 ff.]

§ 12.

1) Die Definition des allgemeinen Gerichtsstandes („Gerichtsunterworfenheit der Person" — Wach I S. 398) enthält die Sätze: a) der Gerichtsstand ist da, wo der Beklagte Recht nehmen muß (actor sequitur forum rei); b) der allgemeine Gerichtsstand gilt für alle Klagen, konkurrirt also auch mit den besonderen Gerichtsständen, wie diese untereinander, soweit sie nicht als ausschließliche bezeichnet sind (vgl. auch § 35). Letzteres ist in der CPO., abgesehen von der Zwangsvollstreckung (§ 707), nur in beschränktem Maße geschehen (§§ 25, 547, 568, 594, 606, 617, 620, 624, 626, 629, 839). [Vgl. auch § 38 Anm. 3, KO. §§ 64, 134 u. Wach I S. 511 ff.] Ueber die Wirkungen der Ausschließlichkeit s. auch §§ 33 Abs. 2, 40 Abs. 2. Sie kann eine relative in dem Sinne sein, daß zwischen einigen Gerichten die Wahl frei steht

§ 13. Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

N. Entw. §§ 42, 73, 75. Entw. I. § 13. Entw. II. § 13. Entw. III. § 13. Mot. S. 53. Prot. S. 7, 8.

---

andere aber ausgeschlossen sind (vgl. z. B. § 799, 568, im Falle der Ehemann mehrere Wohnsitze hat u. s. w.) (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 142).

2) Einen privilegirten Gerichtsstand kennt die CPO. nicht. Nur das EG. z. CPO § 5 enthält einen allgemeinen Vorbehalt von abweichenden Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze für die Landesherren, die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern.

Nach dem Preuß. Ges. v. 26. April 1851 Art. III (GS. S. 183) haben die Mitglieder der Königlichen sowie der genannten Fürstlichen Familie ihren persönlichen Gerichtsstand bei dem mit dem Kammergericht verbundenen Geheimen Justizrath. Unter entsprechender Anwendung dieser Bestimmung ist der letztere nach dem Preuß. AG. z. GVG. § 18 nunmehr auch bei dem Oberlandesgericht zu Berlin gebildet worden, welches wiederum den Namen „Kammergericht" erhalten hat (s. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 12, 505). Ueber Revisionen und Beschwerden gegen die von dem Geheimen Justizrath als Oberlandesgericht erlassenen Entscheidungen entscheidet das Reichsgericht (Verordn. v. 26. Septbr. 1879 § 2 — RGBl. S. 287). Wegen der übrigen Landesherren s. Kleiner I S. 109 ff.

3) Die Bestimmungen über den Gerichtsstand gelten für Ausländer wie für Inländer, d. h. Angehörige des Deutschen Reichs — s. Reichsverfassung Art. 3, Ges. vom 1. Juni 1870 (BGBl. S. 355) — gleichviel, ob es sich um den allgemeinen oder um einen besonderen Gerichtsstand handelt. Eine Ausnahme gilt nur hinsichtlich der Ausländer, welche im Inlande als Exterritoriale leben (s. GVG. §§ 18—21 u. die Anm. dazu, insbesondere § 20 Anm. 2).

§ 13.

1) Die Mot. gehen davon aus, daß der prozeßrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen Wohnsitz (nicht dem politischen Wohnsitz oder dem sog. Unterstützungswohnsitz) identisch sei, und daß der Begriff sowie die Voraussetzungen der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes sich nach dem bürgerlichen Recht bestimmen; es bedürfe somit einer ausdrücklichen Bestimmung (wie im N. E. § 42) nicht, daß, insofern Jemand nach bürgerlichem Recht an mehreren Orten Wohnsitz habe, der allgemeine Gerichtsstand dieser Person an jedem der mehreren Orte begründet sei. Die Komm. des Nordd. Bundes war dagegen grundsätzlich anderer Meinung, indem sie in der hier allein in Frage stehenden prozessualischen Beziehung lediglich den natürlichen und thatsächlichen Begriff des Wohnsitzes voraussetzte (s. Nordd. Prot. S. 12, 30). Das Rechtsverhältniß des Wohnsitzes gehört aber in der That dem materiellen Recht an. (A. M. Wach I S. 400 ff., welcher in der CPO. selbst einen festen Begriff des Wohnsitzes „in Ansehung des Gerichtsstandes" gegeben erachtet.) Ueber den Begriff des Wohnsitzes herrscht übrigens auch nach den verschiedenen bürgerlichen Rechten kaum noch Streit bzw. Rechtsverschiedenheit. Man versteht allgemein unter (bürgerlichem) Wohnsitz den Ort, an welchem Jemand seinen wirklichen Aufenthalt in der Absicht genommen hat, diesen Ort zum dauernden Mittelpunkt seiner Wirksamkeit zu machen (vgl. Einl. z. Preuß. ALR. §§ 23 ff., AGO. I 2 §§ 9 ff., Code civ. art. 102, 103; v. Savigny, Syst. d. RR. Bd. 8 S. 58, Windscheid, Pand. I § 36, Wetzell S. 489, Dernburg I § 27, Förster-Eccius I § 11 S. 56, Endemann I S. 246, RG. in D. J. Ztg. VIII S. 566 ꝛc.). Zu dem Entschlusse, an einem bestimmten Orte zu wohnen, muß also der Aufenthalt, wenn auch nicht die dauernde Niederlassung hinzukommen (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 7, Wach I S. 402 Anm. 13). Bei Handlungsunfähigen kommt es hinsichtlich des Entschlusses auf den gesetzlichen Vertreter an. Vgl. jedoch in Betreff der Ehefrauen und Kinder § 17. Bezüglich der Bevormundeten und Gefangenen vgl. noch § 17 Anm. 5. Im Einzelnen freilich, z. B. hinsichtlich der Möglichkeit eines doppelten Wohnsitzes (s. Code civ. a. a. O.: „établissement principal"), der Fähigkeit zur Begründung, der Aufhebung eines Wohnsitzes ꝛc., bestehen manche

§ 14. Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

N. Entw. § 45. Entw. I. § 15. Entw. II. § 14. Entw. III. § 14. Mot. S. 54. Prot. S. 8.

Verschiedenheiten nach bürgerlichem Recht, welche die CPO. unberührt gelassen hat. (Vgl. auch Renaud S. 74 Anm. 6, Fitting S. 32, Schelling S. 56. A. M. Wach a. a. O.) Hiernach beantwortet sich im Allgemeinen auch die Frage über die Anwendbarkeit des örtlichen Rechts (vgl. Mandry S. 50, Dernburg I S. 52 Anm. 2).

2) Ein Antrag, hinzuzufügen: „wenn sie einen solchen im Deutschen Reich besitzt", ist zwar von der RTK. abgelehnt. Indessen ergiebt die Natur der Sache (trotz der Bemerkung in den Mot., daß hier, wie in § 18, kein Unterschied zwischen ausländischem und inländischem Wohnsitze gemacht sei) jenen Zusatz für den vorliegenden Paragraphen (anders als in den §§ 17, 18), wenigstens soweit es sich um positive Normirung des Gerichtsstandes handelt, als selbstverständlich, da hier nur Normen für die Zuständigkeit der inländischen Gerichte gegeben werden sollen und können. Die Fortbildung des internationalen Rechts liegt eben darin, daß über den allgemeinen Gerichtsstand dessen, der nur im Auslande einen Wohnsitz hat, keine Bestimmung getroffen wird. Wo eine solche Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, mag ihr Heimathsrecht bestimmen; im Deutschen Reich hat sie keinen allgemeinen Gerichtsstand. (Zustimmend: Endemann I S. 247 Anm. 7, A. Förster Anm. 3, Seuffert Anm. 2.) Vgl. § 24. Ausnahmen: §§ 568, 594, 617, 705, 729, 780. In den meisten Fällen werden die besonderen Gerichtsstände des Vertrags, der belegenen Sache und namentlich des Vermögens genügen, einen Ausländer auch im Inlande vor Gericht zu ziehen. [A. M. Krause: Zur Lehre vom Gerichtsstande nach dem Entwurf der Civilprozeßordnung. Berlin 1874. S. 66 ff.; vgl. auch Wach I S. 400 Anm. 4.]

§§ 14—17.

Diese Paragraphen behandeln den sog. nothwendigen Gerichtsstand (domicilium necessarium), d. h. solche Fälle, „in denen der den Gerichtsstand begründende Wohnsitz nicht frei gewählt, sondern durch Beruf oder Amt bestimmt ist" (Mot.). Die Bestimmungen sind aber nicht erschöpfend; vgl. z. B. wegen der Beamten und Rechtsanwälte § 16 Anm. 2.

§ 14.

1) Unter „Militärpersonen" sind nach § 4 d. Mil.Str.GB. v. 20. Juni 1872 (RGBl. S. 174) „die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten zu verstehen, welche zum Heere oder zur Marine gehören". (Vgl. über Militärpersonen im Sinne der Reichsgesetzgebung Hecker in Goltdammer, Arch. f. Strafrecht XXXI S. 81 ff., speziell über Offiziere zur Disposition das. S. 395 ff.; s. auch Laband: Staatsrecht des deutschen Reichs III a S. 243 ff. u. unten § 343 Anm. 2.) Ein Verzeichniß derselben enthält die Anlage d. Mil.Str.GB. (RGBl. 1872 S. 204), sowie Anl. A. des Reichsgesetzes vom 3. August 1878 (RGBl. S. 244); über die Klasseneintheilung der Militärbeamten s. Verordn. v. 29. Juni 1880 (RGBl. S. 169 ff.). Von den dem aktiven Heere und der aktiven Marine angehörenden Militärpersonen sprechen die §§ 673, 793; s. auch §§ 158, 343. Vgl. noch rücksichtlich des Heeres § 38 des Reichs-Militär-Ges. v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45), welcher keineswegs (wie Kleiner I S. 123 meint) von § 4 d. Mil. Str. GB. abweicht, da er alle zum „aktiven Heere" gehörigen, also auch solche Personen aufführt, welche nicht „Militärpersonen" (des Friedensstandes) sind (B. C.). Nur diese kommen in § 14 in Betracht (vgl. auch die Mot.). Wie Abs. 2 ergiebt, sind aber nur selbständige Berufssoldaten gemeint. Die §§ 14 und 21 Abs 2 entsprechen dem § 39 Abs. 2 des Mil.-Gesetzes.

2) Auf „in Ansehung des Gerichtsstandes" liegt der Nachdruck. (Vgl. auch §§ 15—17.) Für Statusfragen u. dgl. m. sollte nichts bestimmt werden (s. Prot. S. 8). Vgl. § 13 Anm. 1 a. E.

§ 15. Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reich keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

N Entw. § 46. Entw. I. § 16. Entw. II. § 15. Entw. III. § 15. Mot. S. 54. Prot. S. 8, 102, 131, 641, 642.

§ 16. Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

N Entw. § 47. Entw. I. § 17. Entw. II. § 16. Entw. III. § 16. Mot. S. 54. Prot. S. 8, 506.

---

3) Abs. 2: — „welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen" — sei es als ein- oder dreijährige Freiwillige oder in Folge der regelmäßigen Einberufung oder der späteren Einberufung aus dem Beurlaubtenstande.

— „welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können" — d. h. Minderjährige und andere Verfügungsunfähige. Das Nähere bestimmt das bürgerliche Recht (s. § 13 Anm. 1). Für die Militärpersonen des Abs. 2 gilt neben dem allgemeinen Gerichtsstand der §§ 13, 17 Abs. 2, 18 ein besonderer Gerichtsstand (§ 21 Abs. 2).

4) Die ständige Verwendung eines Militärs außerhalb des eigentlichen Garnisonorts begründet keinen allgemeinen Gerichtsstand.

§ 15.

Die Regel des § 15 gilt nur, soweit nicht landesgesetzliche Ausnahmen bestehen. (Vgl. EG. z. CPO. § 13 Anm. 3.) Sie erstreckt sich jedoch nach der allgemeinen Fassung auch auf die in § 14 Abs. 2 bezeichneten Militärpersonen, für welche sonst der Gerichtsstand des § 21 im Inlande nicht vorhanden sein würde (vgl. Endemann I S. 250, Wilm. Levy Anm. 1. A. M.: Petersen § 15 Nr. 3, Seuffert Anm. 1, v. Bülow Anm. 1, Fitting im civ. Arch. 61 S. 403, Wach I S. 407 Anm. 37, welcher Letztere zudem im Gegensatz zu den Ersteren § 21 Abs. 2 nicht auf den „letzten deutschen Garnisonort" ausdehnt).

§ 16.

1) „Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen" — z. B. Gesandte des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats im Auslande, Gesandte eines Bundesstaats bei einem anderen, nichtpreußische Mitglieder des Bundesraths (Reichsverfassung Art. 10). Nur für diese Exterritorialen ist hiernach ein allgemeiner Gerichtsstand im letzten Wohnsitz innerhalb des Heimathsstaats, d. h. des Staats, wo der Gesandte staatsangehörig ist (s. Ges. vom 1. Juni 1870 — BGBl. S. 235), bestimmt. Vgl. GVG. §§ 18, 19, 21.

Den besonderen Gerichtsständen (§§ 21 ff.) sind sie, wie die Exterritorialen überhaupt, abgesehen von dem ausschließlich dinglichen, nicht unterworfen. Vgl. GVG. § 20 Anm. 2.

2) — „die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats" — Bezüglich des Gerichtsstandes der Beamten überhaupt enthält die CPO. keine Bestimmung. Nach dem Begriff des Wohnsitzes (s. § 13 Anm. 1) ist, wenigstens in der Regel (s. Sarwey I S. 36, Gaupp I S. 47), als solcher der Ort zu betrachten, an welchem der Beamte angestellt ist (s. Wetzell S. 491, Preuß. AGO. I 2 § 11, ALR. II 10 § 92). Nur da, wo dieser „dienstliche Wohnsitz" eines deutschen Beamten sich im Auslande befindet (z. B. Berufskonsuln im Auslande, Zollvereinsbevollmächtigte in Luxemburg) ist positiv, wie in § 21 d. Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (RGBl. S. 61) hinsichtlich der Reichsbeamten, der letzte heimathliche Wohnsitz für maßgebend erklärt. Den besonderen Gerichtsständen sind

§ 17. Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

N. Entw. § 50, 51. Entw. I. § 13. Entw. II. § 17. Entw. III. § 17. Mot. S. 54. Prot. S. 8, 506.

---

die in § 16 bezeichneten Beamten nicht minder unterworfen als andere Beamte. Auch von der Reichskonsulargerichtsbarkeit (s. GVG. § 13 Anm. 6) sind sie nicht ausgenommen (s. Reichsbeamtenges. § 22).

Hinsichtlich der Reichsbeamten ist auch § 154 d. Reichsbeamtenges. in Geltung verblieben (vgl. EG. z. CPO. § 13 Abs. 1). Wegen der Rechtsanwälte s. RAO. §§ 18, 19.

3) Für beide Kategorieen des Abs. 1 gilt subsidiär die Hauptstadt des Heimathsstaats als Wohnsitz. In Ermangelung eines Heimathsstaats ist nach dem neben § 16 für Reichsbeamte in Geltung verbliebenen § 21 d. Reichsbeamtenges. der Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet, an dessen Stelle das nach § 2 des Preuß. Ges. v. 4. März 1878 (GS. S. 109) errichtete Landgericht (I) für den Stadtbezirk Berlin bezw. das nach § 1 der Verordn. v. 26. Juli 1878 (GS. S. 275) errichtete Amtsgericht I getreten sind (vgl. auch Preuß. AG. z. GVG. §§ 26 Abs. 1, 41). [So auch Wach I S. 408 Anm. 40. A. M. Hellmann I S. 86; bedenklich auch A. Förster Anm. 2.]

4) Abs. 2: Im Gegensatz zu den Berufskonsuln (Anm. 2) sind die in Abs. 1 enthaltenen positiven Bestimmungen hinsichtlich der Wahlkonsuln [s. §§ 9 ff. des Konsulats-Ges. vom 8. November 1867 (BGBl. S. 137)] nicht anwendbar. Der Gerichtsstand der letzteren bestimmt sich also nach den allgemeinen Grundsätzen. Ueber die im Deutschen Reich angestellten Konsuln s. GVG. § 21.

§ 17.

1) § 17 behandelt die Fälle des abgeleiteten (akzessorischen) Gerichtsstandes. Derselbe wird nur durch den Wohnsitz des Ehemannes bezw. Vaters bezw. der Mutter bestimmt. Als solcher gilt auch das domicilium necessarium der §§ 14—16, nicht der Aufenthaltsort in den Fällen der §§ 18, 21, wie die (von der Vorkommission abweichend von N. E. u. E. I gewählte) Reihenfolge dieser Paragraphen ergiebt. (So auch Seuffert Anm. 2, Wach I S. 407, Hellmann, Lehrb. S. 99 u. A. A. M Endemann I S. 256.)

2) So lange die Ehe besteht, ist der Wohnsitz des Ehemannes unbedingt maßgebend, auch wenn die Frau nach dem bürgerlichen Recht einen selbständigen Wohnsitz zu begründen vermag. Es kommt (nach den Mot. S. 55) auch nicht darauf an, ob der Wohnsitz des Ehemannes im Inlande liegt. Die im Inlande wohnende Frau eines im Auslande wohnenden Mannes hat also im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand, selbst dann nicht, wenn dies nach dem ausländischen Rechte möglich wäre. — Für Ehesachen s. § 568.

Nur die gerichtlich erkannte immerwährende Trennung (séparation de corps, separatio quoad thorum et mensam) beseitigt, wie die Trennung der Ehe durch den Tod oder Scheidung (separatio quoad vinculum, Trennung, divorce), die Abhängigkeit des Gerichtsstandes. [Die immerwährende Trennung ist zwar aufgehoben (Ges. v. 6. Febr. 1875 § 77 — RGBl. S. 23), kommt aber doch wegen älterer Fälle sowie wegen ausländischer Urtheile in Betracht.] Alsdann tritt der gewöhnliche Begriff des Wohnsitzes (oder Aufenthaltsorts — § 18) in Funktion, gleichwie in den Fällen, wenn und solange der Ehemann keinen Wohnsitz hat. Eine in anderer Weise zu Stande gekommene, wenngleich erlaubte Trennung hat nicht die gleiche Wirkung. (So auch Hellmann, Lehrb. S. 94. A. M. Dernburg III S. 65 Anm. 9.)

Auch eine in (absolut) nichtiger Ehe lebende Frau muß, so lange die Nichtigkeit nicht durch Urtheil gemäß §§ 585 ff. ausgesprochen ist, den Wohnsitz ihres Ehemannes anerkennen, da sie

§ 18. Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reich und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

N. Entw. § 43, 44, 73. Entw. I. § 14. Entw. II. § 18. Entw. III. § 18. Mot. S. 53, 55. Prot. S. 8.

---

nicht im Zwischenverfahren einredeweise geltend machen kann, daß sie rechtlich nicht Ehefrau sei (vgl. § 588 Anm. 1. A. M. Hellmann Lehrb. S. 97).

Der Gerichtsstand der Ehefrau wird nicht (wie bei den Kindern — Abs. 2) bis zur Neubegründung eines anderen Wohnsitzes (oder Aufenthalts) als fortdauernd fingirt (Nordd. Prot. S. 31). Hat der Ehemann also den Wohnsitz aufgegeben, ohne einen neuen zu begründen, so tritt § 17 außer Anwendung. Hieraus folgt aber nicht, daß die Ehefrau ihren bisherigen Wohnsitz so lange behält, als sie nicht genöthigt ist, dem Ehemann zu folgen und dieser nicht einen neuen Wohnsitz begründet hat (so Wach I S. 411), noch auch (wie Puchelt I S. 109 und Sarwey I S. 38 annehmen), daß die Ehefrau alsdann selbständig einen neuen Wohnsitz begründen kann; vielmehr bestimmt sich letzteres nach dem bürgerlichen Recht. Ist sie nach diesem hierzu rechtlich nicht befähigt, so wird ihr allgemeiner Gerichtsstand nach § 18 durch ihren Aufenthaltsort bestimmt. (So auch Seuffert Anm. 3, Hellmann Lehrb. S. 97, Wilm. Levy Anm. 3.) Zur Aushülfe dient § 24.

3) Abs. 2: Welche Kinder als den ehelichen gleichgestellt gelten (z. B. ob anerkannte uneheliche Kinder, Putativkinder rc.), beantwortet sich nach dem bürgerlichen Recht.

4) — „in rechtsgültiger Weise aufgeben" — sei es nach erlangter Verfügungsfähigkeit oder schon vorher mit väterlicher oder vormundschaftlicher Genehmigung [vgl. Förster (Eccius) I § 122 S. 150 Anm. 6]. Bis dahin dauert der Gerichtsstand auch nach dem Tode des Vaters bezw. der Mutter noch fort, wie in 2. Lesung der RTK. konstatirt ist.

5) Ein abgeleiteter Gerichtsstand für Bevormundete oder unter Pflegschaft (Kuratel) Stehende (wie im N. E. § 52) ist nicht aufgenommen. Entgegenstehende Bestimmungen der Landesrechte (z. B. Code civ. art. 108) sind also in Ansehung des Gerichtsstandes durchweg aufgehoben. [So auch Gaupp I S. 58, Wach I S. 405, 409. A. M.: Sarwey I S. 40, Petersen § 17 I 4, Kleiner I S. 135, Wilm. Levy § 13 Anm. 1, Seuffert Anm. 6 und theilweise Puchelt I S. 141.] Auch über den Gerichtsstand der Dienstboten und der Sträflinge ist, abgesehen von § 21, nichts bestimmt. Nach dem Begriff des Wohnsitzes (s. § 13 Anm. 1) ist ein Wohnsitz der letzteren am Orte des Strafvollzugs nicht anzunehmen (s. RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 117, Wach I S. 409, Hellmann I S. 77, Gaupp I S. 37 u. A. A. M. Sarwey I S. 40).

§ 18.

1) Dieser — subsidiäre — Gerichtsstand des inländischen Aufenthaltsorts, eventuell des letzten Wohnsitzes kommt nur dann zur Geltung, wenn der Beklagte überhaupt keinen Wohnsitz, weder im Inlande noch im Auslande, hat (Mot. S. 53) also niemals gegenüber den fingirten Gerichtsständen der §§ 15, 16. Auch in Betreff des subsidiär maßgebenden letzten Wohnsitzes soll zwischen Inland und Ausland nicht unterschieden werden. Indessen hat die deutsche CPO. keine Macht, wenn der letzte Wohnsitz im Auslande ist, ein ausländisches Gericht in dasselbe bindender Weise für zuständig zu erklären (s. § 13 Anm. 2); die Bestimmung ist also in diesem Falle nur von negativer Bedeutung. Ein Antrag, den Paragraphen dahin zu fassen:

> „Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz innerhalb des Deutschen Reichs hat, wird durch den Aufenthalt im Deutschen Reiche bestimmt",

ist von der RTK. abgelehnt. (Vgl. Krause a. a. O.)

Der Kläger hat die Voraussetzungen des § 18 positiv näher darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen (s. oben Tit. 2 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 1. A. M.: Petersen § 18 Nr. 4, Gaupp I S. 59, 60).

2) Es kommt nicht auf die Dauer des Aufenthalts an, sondern es genügt (anders als im Falle des § 21 und in Str.PO. § 8: „gewöhnlichen Aufenthaltsort") jeder Aufenthalt, sofern

§ 19. Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

N. Entw. § 48. Entw. I. § 18. Entw. II. § 19. Entw. III. § 19. Mot. S. 56. Prot. S. 8, 9, 648.

---

derselbe nur ausreicht, um dem Beklagten die Klage zuzustellen. „Aufenthaltsort“ ist daher nicht mit „résidence“ des franz. Rechts gleichbedeutend.

§ 19.

1) Statt des viel bestrittenen Begriffs der „juristischen Person“ ist ein anderes Merkmal entscheidend, die sog. Parteifähigkeit (auch „Gerichtsstandsfähigkeit“ oder „Gerichtsfähigkeit“ — vgl. z. B. Renaud, R. d. Kommanditges. S. 106), d. h. die Fähigkeit, aktiv und passiv Subjekt des Prozesses zu sein (vgl. RG. XII S. 398, auch Wach I S. 519 ff., welcher jedoch zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit unterscheidet und aus dem Vorhandensein der ersteren, wie hier, nicht die der letzteren folgert), hier also die, als Gesammtheit verklagt zu werden. Gemeinden und Korporationen (vgl. z. B. Preuß. ALR. II6 §§ 25 ff., Verf.-Urk. vom 31. Jan. 1850 Art. 31) steht dieselbe ohne Weiteres zu. Im Uebrigen beantwortet sich die Frage, welche Gesellschaften u. s. w. „als solche verklagt werden können“ (s. auch § 157), nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Von Gesellschaften, Genossenschaften und anderen Personenvereinen gehören reichsrechtlich hierher die offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften (HGB. Art. 111, 164, 213), die eingetragenen Genossenschaften (Genossenschafts-Ges. v. 4. Juli 1868 § 11), die (neuen) Innungen (Gewerbeord. § 99). die Berufsgenossenschaften (Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 9 — RGBl. S. 69). [Vgl. R. Koch in Busch, Arch. f. HR. XVII S. CXXVII ff.] Auch ausländischen Aktiengesellschaften, welche nach ihrem Heimathsrecht Parteifähigkeit besitzen, ist dieselbe im Inlande nicht abzusprechen (s. RG. VI S. 134, Renaud, Aktiengesellsch. 2. Aufl. S. 191 ff., Gruchot, Beitr. XXI S. 617, Petersen § 19 I 2). Vgl. übrigens § 51 Anm. 4. Wegen der Gegenseitigkeitsgesellschaften s. ROHG. 18 S. 398. Selbst reine Privatvereine sind nach heutigem gemeinen Recht, ohne daß die Personen der einzelnen Mitglieder in Betracht gezogen würden, als Prozeßparteien zuzulassen (RG. IV S. 155, VII S. 164, Seuffert, Arch. 37 Nr. 188, 38 Nr. 227 [RG.], Stobbe: D. Privatrecht I § 52 Anm. 6, § 61 Nr. 4), und zwar ohne Rücksicht auf eine korporative Organisation des Vereins (RG. VIII S. 121. A. M. Seuffert Anm. 1). Auch für das preuß. Recht neigt das RG. zu dieser Auffassung (vgl. Gruchot, Beitr. XXVII S. 964). [Vgl. auch ROHG. 18 S. 398 ff., Förster (Eccius) IV § 281, S. 719 Anm. 30, Rosin in Gruchot, Beitr. XXVII S. 128 ff. Dagegen mit Rücksicht auf ALR. II 6 § 13: Dernburg I § 59, S. 124, A. Förster Anm. 1c, S. 32]. Statutarische Bestimmungen, daß die Gesellschaft vor Gericht durch ihren Vorstand vertreten werde (s. Wilm. Levy Anm. 1), können eine nicht vorhandene Parteifähigkeit nicht herstellen.

Anstalten, welche als solche verklagt werden können, sind reichsrechtlich: die eingeschriebenen Hülfskassen (Ges. v. 7. April 1876 § 5 — RGBl. S. 125, Ges. v. 8. April 1876 Art. 2. — RGBl. S. 134), die Ortskrankenkassen, Betriebs- (Fabrik-) Krankenkassen und Bau-Krankenkassen (Ges. v. 15. Juni 1883 §§ 25, 64, 72 — RGBl. S. 73). [Rosin: das Recht der öff. Genossenschaft, Freiburg i. B. 1886 S. 65 ff. rechnet alle diese Kassen zu den „öffentlichen Genossenschaften“ mit selbständiger juristischer Persönlichkeit.]

Eine parteifähige „Vermögensmasse" ist gemeinrechtlich die ruhende Erbschaft (Windscheid, Pand. I § 49 Anm. 1, § 57, III § 531; s. unten § 693 Anm. 2).

In der juristischen Persönlichkeit, wo dieselbe nach bürgerlichem Recht ausdrücklich verliehen bzw. anerkannt ist — z. B. in Betreff des Reichs [Ges. v. 25. Mai 1873 §§ 1 u. 12 (RGBl. S. 113)], der Reichsbank (Bankgesetz §§ 12, 38; Rosin: R. der öffentl. Genossenschaft S. 50, 51), gewisser gewerblicher Hülfskassen (Gewerbeordn. § 140 Abs. 2); vgl. Mandry S. 121 ff. — ist übrigens stets auch die Parteifähigkeit von selbst enthalten. Dasselbe gilt von der Verleihung (Ertheilung) der „Korporationsrechte" (s. z. B. Gewerbeordn. § 94 Abs. 5).

2) — „durch den Sitz derselben" — Der „Sitz" ist der (dem Wohnsitz physischer Personen analoge) örtliche Mittelpunkt der Geschäfte (Wetzell S. 490). Derselbe ist häufig positiv durch Gesetz (z. B. Bankgesetz § 12 — „Hauptsitz") oder Vertrag bzw. Statut bestimmt; vgl. HGB. Art. 86 Nr. 2, 151 Nr. 3, 175 Nr. 2, 209 Nr. 1; Genossenschafts-Ges. § 3 Nr. 1, Gewerbeordn. § 98a Nr. 1, Hülfskassen-Ges. v. 7. April 1876 § 3 Nr. 1, Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 17 Nr. 1, § 21 Nr. 1. Die Bestimmung darf freilich nicht ganz willkürlich und im Widerspruch mit jenem Begriffe geschehen (s. Hellmann I S. 98). Für Fälle, wo es zweifelhaft bleibt, welcher Ort als „Sitz" zu betrachten („wenn nicht ein Anderes erhellt"), trifft der letzte Satz von Abs. 1 Bestimmung (aber auch nur für diese; daß der im Handels- bzw. Genossenschafts-Register eingetragene Sitz von dem der Verwaltung abweicht, begründet keinen doppelten Sitz). (A. M. Dernburg II S. 631 Anm. 28. S. dagegen ROHG. 21 S. 36.)

Einzelne Merkmale bei kaufmännischen Geschäften s. in Endemann, Handb. d. D. Handels-, See- und Wechselr. Leipzig 1881. S. 184, 185. Vgl. auch § 36 Anm. 4 u. Behrend, Lehrb. d. HR. I. Berlin u. Leipzig 1881. S. 225, welcher jedoch für den Gerichtsstand am „Sitze" der Handelsgesellschaft den § 22 (nicht § 19) anführt. (Vgl. dagegen Entsch. d. OT. 71 S. 98).

Die in Anm. 1 allegirten reichsgesetzlichen Vorschriften, welche sich auch auf den Gerichtsstand der Gesellschaften ꝛc. beziehen, bleiben nach EG. z. CPO. § 13 an sich unberührt; dies gilt insbesondere von den Vorschriften hinsichtlich der Fortdauer solcher Gerichtsstände nach Auflösung der Gesellschaft ꝛc. Wegen der hierauf bezüglichen landesgesetzlichen Bestimmungen s. noch das. § 15 Nr. 2.

3) Abs. 2: Die Bestimmung über den Gerichtsstand der Gewerkschaften ist aus § 9 des Preuß. Berg-Ges. v. 24. Juni 1865 (GS. S. 705) entnommen. In dem Falle, wenn das Grubenfeld sich über mehrere Gerichtsbezirke erstreckt, neigte man bereits in Preußen dahin, bei allen diesen Gerichten den Gerichtsstand als begründet anzusehen (Klostermann, Komm. z. Allg. Bergg. 4. Aufl. § 96 Anm. 314, Koch, Allg. Berggesetz S. 173). Das Gleiche ist nach d. CPO. anzunehmen (s. auch Endemann I S. 258 Anm. 12, A. Förster § 19 Anm. 4, Wach I S. 405 Anm. 27 u. A. A. M.: v. Bülow Anm. 3, Seuffert Anm. 3, welche § 36 Nr. 2 anwenden).

4) Ob Behörden als solche verklagt werden können (vgl. auch § 157 Abs. 2), wurde in der RTK. bezweifelt. Die Behörden als solche haben jedoch Parteifähigkeit nach manchen Partikularrechten, wie schon in der Nordd. Proz.-Komm. konstatirt worden ist (Nordd. Prot. S. 28). Anders in Preußen. Behörden, welche Korporationen mit selbständiger privatrechtlicher Persönlichkeit (z. B. Universitäten) vertreten (Wach I S. 406 Anm. 29), gehören nicht hierher, weil die Korporation die eigentliche Partei ist.

5) Abs. 3 lautete in den Entwürfen dahin:

> „Die Bestimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist."

Dem Antrag auf Streichung wurde entgegengesetzt, daß namentlich für ausländische Versicherungsgesellschaften ein Bedürfniß bestehe, mittels der Konzessionsurkunde einen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande zu schaffen. Schließlich erklärte sich die RTK. für die vorliegende, die Subsidiarität der Bestimmungen des 1. und 2. Abs. minder scharf hervorhebende Fassung. Das „Neben" ist freilich undeutlich. Sachlich aber sollte nichts geändert werden. Der statutarisch ꝛc.

§. 20. Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

N. Entw. § 49. Entw. I. § 19. Entw. II. § 20. Entw. III. § 20. Mot. S. 56. Prot. S. 9, 506, 507.

bestimmte Gerichtsstand darf also auch dem Gerichtsstande der Abs. 1 u. 2 vorgehen (Petersen § 20 III, Endemann I S. 258, 259, Brinkmann: Die Begründung der Klagen I S. 65 Anm. 7. A. M.: Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 5, Wach I S. 404 Anm. 23, Sarwey I S. 43, 44, Fitting S. 35 Anm. 8, Gaupp I S. 64 u. A.), und zwar wird dies auch für Handelsgesellschaften, Genossenschaften ꝛc. zulässig sein, da § 19 die in Anm. 1 zitirten reichsgesetzlichen Bestimmungen, wenngleich nicht absorbirt, doch ergänzt. Vgl. Anm. 2 a. E.

§ 20.

1) „Fiskus" ist der Staat als Subjekt von Vermögensrechten, in dieser Hinsicht also ebensowohl das Reich [vgl. Reincke in Gruchot, Beitr. XXIII S. 481 ff.; Laband, Staatsrecht III, 2 § 107, Förster (Eccius) IV § 283, S. 739 Anm. 22, 23. A. M. v. Müller in Krit. Vierteljahrschr. XXV S. 149 ff., welcher das Vorhandensein eines Reichsfiskus bestreitet] wie die einzelnen Bundesstaaten. Anwendungen des in § 20 enthaltenen Grundsatzes bezüglich des Reichsfiskus s. in: Flößerei-Ges. v. 1. Juni 1870 § 2 (BGBl. S. 312), Militär-Pensions-Ges. v. 27. Juni 1871 § 116 (RGBl. S. 275), Postges. v. 28. Oct. 1871 § 13 (RGBl. S. 347), Reichsbeamt.-Ges. v. 31. März 1873 §§ 151, 153 (RGBl. S. 61). Abweichend: Rayon-Ges. v. 21. Dezember 1871 § 42 (RGBl. S. 459). Auf den betreffenden Bundesstaat verweisen: Ges. v. 25. Mai 1873 § 1 Abs. 3 (RGBl. S. 113), Kriegsleistungs-Ges. v. 13. Juni 1873 § 34 (RGBl. S. 129). Alle diese Bestimmungen sind unberührt geblieben (EG. z. CPO. § 13 Anm. 2). Hinsichtlich der Reichsbank vgl. § 19 Anm. 1. Mit Unrecht sprechen von einem „Fiskus" der Provinzialverbände Wilm. Levy Anm. 2; diese fallen unter § 19. Wegen ihrer Vertretung s. preuß. Ges. v. 29. Juni 1875 § 90 (GS. S. 352).

2) Ein Abänderungsantrag in d. RTK. wollte den Begriff des „Fiskus" auflösen in „Deutsches Reich oder ein Bundesstaat" und als 2. Abs. aufnehmen:

> „Als zur Vertretung berufen gilt, insofern die Gesetze nicht ein Anderes bestimmen, diejenige Behörde, welche in erster Instanz zu dem Rechtsstreite Veranlassung gegeben hat."

Beide Theile des Antrags wurden jedoch abgelehnt. Welche Behörde also zur Vertretung berufen ist, entscheidet sich nach Reichs- bezw. Landesrecht (vgl. § 50 Anm. 2). S. z. B. die Anm. 1 allegirten Reichsgesetze. Soweit keine solche Sonderbestimmungen bestehen, hat das Reich am Sitz der obersten Reichsbehörde, also in Berlin Recht zu nehmen, und wird durch den Reichskanzler oder einen gesetzlichen Stellvertreter desselben (Ges. v. 17. März 1878 — RGBl. S. 7) vertreten [vgl. Prot. S. 9, 506, 507, 709, Laband a. a. O. S. 195 Anm. 2, Förster (Eccius) IV S. 739]. So bei Militärsachen, die nicht zur Kontingents-Verwaltung gehören (RG. VIII S. 1), bei Rückzahlung von Reichsstempelabgaben (RG. XI S. 75, 93).

In Preußen vertritt den Fiskus in der Regel die Bezirksregierung (s. Instr. v. 20. Oktober 1817 § 14 — GS. S. 248), jetzt auch in der Provinz Hannover — s. Ges. über die allg. Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 §§ 25, 155 (GS. S. 195), Kreisordn. v. 6. Mai 1884 (GS. S. 181), Verordn. v. 3. Novbr. 1884 (GS. S. 349). Wegen der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche Angelegenheiten der Justizverwaltung betreffen s. Ges. v. 14. März 1885 (GS. S. 65) u. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 23. März 1885 (JMBl. S. 119) u. v. 24. dess. Mts. (das. S. 121). In Reichsstempelsachen ist zur Vertretung des Landesfiskus (dies ist der richtige Beklagte — RG. XI S. 96) diejenige Provinzial-Steuerdirektion berufen, welche den Stempel eingefordert hat (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII. S. 988). Nach § 16 der mittels Allerh. Erl. v. 24. Nov. 1879 genehmigten „Organisation der Staatseisenbahnverwaltung" (Min.Bl. f. d. i. V. 1880 S. 84) sind die Eisenbahnbetriebsämter zur selbständigen prozessualischen Vertretung der Verwaltung, welcher sie angehören, befugt (RG. V S. 427, VIII S. 403, Just.-Min.Bl. 1883 S. 8 Seuffert Arch. 37 Nr. 66). Vgl. das Verzeichniß im preuß. JMBl. 1885 S. 134.

§ 21. Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

N. Entw. § 53. Entw. I. § 20. Entw. II. § 21. Entw. III. § 21. Mot. S. 56, 57. Prot. S. 9, 507, 508.

Hinsichtlich anderer Bundesstaaten vgl. Hellmann I S. 102 ff. u. Lehrb. S. 101, Kleiner I S. 149 ff., Gaupp I S. 67 ff., Seuffert Anm. 3, Neumann, Börsensteuergesetz, Berlin 1885, S. 51.

Die einzelnen fiskalischen Stationen sind auch in prozeßrechtlicher Beziehung nicht als getrennte Rechtssubjekte anzusehen (RG. II S. 392, VIII S. 228; Entsch. d. OT. 20 S. 19).

3) Klagen, mit welchen eine Befreiung von einer durch eine polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung auf Grund des § 2 des preuß. Ges. v. 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges (GS. S. 192) geltend gemacht wird, sind nicht gegen den regelmäßigen Vertreter des Fiskus, sondern gegen die Behörde zu richten, von welcher die betreffende polizeiliche Verfügung erlassen ist (RG. VIII S. 226). Vgl. auch § 3 des preuß. Ges. v. 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtsweges (GS. S. 241).

4) § 20 ist auf den Fiskus außerdeutscher Staaten nicht anwendbar. (Urth. d. Preuß. Gerichtsh. z. Entsch. d. Komp. Konfl. v. 14. Jan. 1882, Droop in Gruchot, Beitr. XXVI S. 303.)

§§ 21, 22.

Die §§ 21 u. 22 bilden den Uebergang zu den besonderen Gerichtsständen, mit welchen sie vielfach konkurriren, und zu denen sie in weiterem Sinne selbst gehören (vgl. oben S. 10, Wach I S. 415). Sie sind als sachlich begründet beibehalten. Ein Versuch, sie auf objektiv — äußerlich — erkennbare zu beschränken (Krause a. a. O.), fand in der RTK. keinen Anklang. Vgl. Komm.-Ber. d. RTK. z. CPO. S. 11—13.

§ 21.

1) Dieser mit dem allgemeinen Gerichtsstande des § 13 elektiv konkurrirende Gerichtsstand des dauernden Aufenthaltsorts (Quasidomizils; gegen diesen Ausdruck Wach I S. 416) steht dem forum domicilii am nächsten. Er stammt nach den Mot. aus dem Preuß. Recht (Kab.-Ordre v. 4. Juli 1832 — GS. S. 175), während ihn Wach I S. 415 Anm. 3 auf einen älteren deutschrechtlichen Gebrauch zurückführt. Ob die betreffende Person Inländer oder Ausländer ist, macht auch hier keinen Unterschied.

Ob ein Verhältniß auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweist, d. h. einen solchen zunächst erwarten läßt, hat das Gericht nach den Umständen zu würdigen, der Begriff ist eben ein rein thatsächlicher. Auch Sträflinge gehören hierher (vgl. § 17 Anm. 5, OLG. Celle in Seuffert Arch. 40 Nr. 148). Ob der Aufenthalt wirklich lange gedauert hat bzw. dauert, ist unerheblich. Indessen muß die Zustellung der Klage jedenfalls noch an dem Aufenthaltsorte möglich sein. — Auf die Prozeßfähigkeit (§§ 50 ff.) hat der Gerichtsstand des § 21 keinen Einfluß. Die Klagen in letzterem können auch gegen einen gesetzlichen Vertreter gerichtet werden, gleichviel wo dieser wohnt. Vgl. Anm. 4.

2) — „vermögensrechtlicher Ansprüche" — Dieser Begriff ist ein technischer und von erheblicher Bedeutung (vgl. auch §§ 24, 40, 508, 649 Nr. 4, EG. z. CPO. § 5, GVG. § 23 Nr. 1). Es sind darunter solche Ansprüche (vgl. über diesen Begriff §§ 136, 137 Anm. 2) zu verstehen, deren Gegenstand ein vermögensrechtlicher ist (Dernburg I § 37, S. 75, 76),

§ 22. Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

N. Entw. § 54. Entw. I. § 21. Entw. II. § 22. Entw. III. § 22. Mot. S. 57. Prot. S. 9.

---

d. h. Geld oder Geldeswerth (s. v. Savigny, Syst. d. RR. I S. 375 ff.), also hauptsächlich Ansprüche aus dem Gebiete des Sachen- und Forderungsrechts (vgl. Windscheid, Pand. I § 42), auch des Erbrechts (s. Sarwey I S. 15, Seuffert Anm. 2, Wach I S. 352, 415. A. M. Siebenhaar S. 33).

Auf den Grund des Anspruchs kommt es nicht an. Auch die aus dem Familienrecht abgeleiteten Vermögensansprüche gehören hierher. Den Gegensatz bilden die nicht in Geld aufzulösenden Ansprüche, welche lediglich Rechtsverhältnisse der Person betreffen, also namentlich Status- und Ehesachen („Familien- oder Standesverhältnisse, Ehrenrechte, Ehegelöbnisse oder Ehesachen" — Preuß. Verordn. vom 14. Dezbr. 1833 § 1 [GS. S. 302]). Vgl. z. B. §§ 568, 592, 593, 605, 620, 624, 626.

Vermögensrechtliche Ansprüche sind auch die Ansprüche aus Gesinde- und anderen Dienstverhältnissen sowie aus außerehelicher Schwängerung. Insofern in der gegen den außerehelichen Schwängerer angestellten Klage die Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses nach Maßgabe des geltenden Civilrechts (s. z. B. Preuß. Ges. v. 24. April 1854 § 19 — GS. S. 103) nur als Grundlage vermögensrechtlicher Ansprüche (auf Alimentation u. Erbrecht) begehrt wird, fällt dieselbe demnach unter § 21. [So der Reg.-Vertreter in der RTK. — Prot. S. 50, 508; Seuffert Anm. 2, Endemann I S. 80, Gaupp I S. 71, Petersen § 21 II 1, Renaud in Busch, Zeitschr. V S. 52, 53, Wach I S. 356, 417 Anm. 1 u. A. A. M. Puchelt I S. 154. Lediglich den Klageantrag lassen entscheiden: Sarwey I S. 14, 15, Wilm. Levy Anm. 3.]

Auf den Ort der Entstehung des Anspruchs kommt es nicht an.

3) Für die in Abs. 2 bezeichneten Militärpersonen tritt an Stelle des Aufenthaltsorts der Garnisonort, welcher mit jenem nicht nothwendig zusammenfällt (vgl. § 14 Anm. 4), eventuell der letzte deutsche Garnisonort (vgl. § 15 Anm.).

4) Eine gewisse Ergänzung dieses besonderen Gerichtsstandes liegt in der nach § 55 Abs. 2 zulässigen Ernennung eines besonderen Vertreters (Litiskurators) für dergleichen nicht prozeßfähige Personen, wenn sie in jenem Gerichtsstande verklagt werden sollen.

§ 22.

1) Auch dem Gerichtsstande der Niederlassung, welcher, wie die meisten übrigen besonderen Gerichtsstände, mit dem allgemeinen Gerichtsstande konkurrirt (anders KO. § 208), häufig auch mit anderen besonderen, z. B. des Vertrages, liegt der Gesichtspunkt eines Quasidomizils zu Grunde. (Gegen diesen Ausdruck, welcher darauf hindeutet, daß für einen gewissen Kreis von Beziehungen in der Niederlassung ein Domizil der Person nachgebildet wird, mit Unrecht Stein in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 428 ff. u. Wach I S. 424.) Eine besondere Parteifähigkeit oder Prozeßfähigkeit der Niederlassung ist damit nicht anerkannt. (Vgl. R. Koch in Busch, Arch. f. HR. XVII S. CXXIX, Krause a. a. O. S. 61 ff.)

2) Nur solche Niederlassungen gehören hierher, welche einen dauernden geschäftlichen Mittelpunkt bilden (vgl. Wach I S. 425 ff.), z. B. die Handels-Haupt- und -Zweig-Niederlassung (HGB. Art. 21, 86—89, 152—156, 179, 212), von denen übrigens die letztere einen zweiten „Sitz" und mithin den Gerichtsstand des § 19 nicht begründet (ROHG. 17 S. 319; vgl.

§ 23. Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

N. Entw. § 55. Entw. I. § 22. Entw. II. § 23. Entw. III. § 23. Mot. S. 57, 58. Prot. S. 9.

auch Seuffert Arch. 34 Nr. 239, Renaud, Recht d. Kommanditges. S. 355, Wolff in Endemann's Handb. d. D. H.-, W.- u. S.-R. I S. 837 ff.). So die Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen (für dieselben bewendet es bei § 38 Abs. 3 d. Bankges. v. 14. März 1875 — s. unten), nicht die Reichsbanknebenstellen (Agenturen) 2c. — s. das. § 37. Eisenbahn-Stationen, selbst Hauptstationen bilden regelmäßig keine Niederlassung (RG. II S. 386, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 61, OLG. Dresden das. VI S. 477, Petersen § 22 II 1), wohl aber Eisenbahn-Betriebsämter (vgl. § 20 Anm. 2); Haupt- u. Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften (Ludwig in Busch, Arch. f. HR. XLVI S. 25 ff.). Es kommt darauf an, daß die Organe der Niederlassung Geschäfte selbst unmittelbar abschließen, nicht blos vermitteln [RG. VII S. 324 Anm. 1, Seuffert Anm. 3, Sarwey I S. 49, Endemann I S. 269, Behrend HR. I S. 224 u. A.], nicht aber darauf, daß die Niederlassung vorschriftsmäßig in das Handelsregister eingetragen ist.

Der Gerichtsstand gilt nur für solche Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, aber in dieser Beschränkung nicht blos für Klagen aus Verträgen, welche von der Niederlassung aus geschlossen werden, sondern auch für Klagen des Geschäftsführers der Niederlassung gegen den Geschäftsherrn (Ob.LG. f. Bayern in Seuffert Arch. 40 Nr. 238), ferner auch für andere Klagen als aus Verträgen, z. B. aus Beschädigungen durch den Geschäftsbetrieb auf Grund des Haftpflichtgesetzes oder der lex Aquilia. (So auch Gaupp I S. 73, 74, Seuffert § 24 Anm. 4, Wach I S. 428 u. A. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 107.) Er dauert nicht länger als die Niederlassung selbst („Hat"). Ob die Klage gegen die Niederlassung gerichtet werden darf („gegen ihn"), und ob diese zur selbständigen Vertretung im Prozesse befugt ist, richtet sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (vgl. § 19 Anm. 1), bezw. soweit es auf eine Vollmacht ankommt, nach den §§ 74 ff. Die bezügliche Spezialbestimmung hinsichtlich der Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen im Bankges. § 38 Abs. 3 ist durch die CPO. nicht berührt (EG. z. CPO. § 13).

3) Abs. 2 hebt die landwirthschaftliche Niederlassung besonders hervor (vgl. auch KO. § 208 Abs. 2). Auch hier liegt der gleiche Gedanke wie im Abs. 1 zu Grunde, und kommen daher nicht blos Klagen aus Verträgen in Betracht. Die Klage auf Rückgewähr des Pachtguts fällt nicht unter diesen Gerichtsstand, sondern unter den des Vertrags (Gaupp a. a. O. A. M. Wach I S. 429 Anm. 35).

4) „Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter" — nicht bloßer Verwalter.

— „bewirthschaften" — Dies Erforderniß gilt auch für den Eigenthümer, trifft aber auch dann zu, wenn ein Verwalter (Inspektor u. dgl. m.) die Wirthschaft leitet (s. Petersen § 22 III 2, Hellmann Lehrb. S. 107. A. M. Puchelt I S. 159, 183).

§ 23.

1) Ein besonderer Gerichtsstand der Mitglieder der in § 19 bezeichneten Personenvereine für Streitigkeiten aus dem gesellschaftlichen bezw. genossenschaftlichen Verhältnisse, vorausgesetzt, daß der Verein oder ein anderes Mitglied als Kläger auftritt, mithin ein Gerichtsstand der Obligation.

2) „Das Gericht — Gerichtsstand haben" — Der Gerichtsstand des § 23 ist also an die Dauer des in § 19 bestimmten Gerichtsstandes gebunden.

— „allgemeinen Gerichtsstand" — d. h. nach der allgemeinen Fassung nicht blos den gesetzlichen, sondern auch den nach § 19 Abs. 3 statutarisch bestimmten. (So auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Wach I S. 462 Anm. 62, Hellmann, Lehrb. S. 108 u. A. A. M. Fitting im civ. Arch. 61 S. 405, der sich mit Unrecht auf die Mot. beruft, Petersen § 23 Nr. 1 u. A.)

§ 24. Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

N. Entw. §§ 67, 73. Entw. I. § 23. Entw. II. § 24. Entw. III. § 24. Mot. S. 58. Prot. S. 9, 10.

— „gegen ihre Mitglieder — einander" — Daß die Beklagten noch zur Zeit der Erhebung der Klage Mitglieder sind, ist nicht nothwendig [s. RG. III S. 385 (dazu Bierhaus in Busch Zeitschr. V S. 63, 64), Dernburg I S. 661 Anm. 1 u. A. A. M. Kleiner I S. 164]. Unter § 23 fallen z. B. Klagen einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit auf Zahlung der Prämie (s. RG. a. a. O. u. IV S. 394, Gaupp I S. 76, Hellmann, Lehrb. S. 108, Wach I S. 462 Anm. 60. A. M.: Petersen § 23 Nr. 3, Puchelt I S. 161 u. A. hinsichtlich fester Prämien). Hinsichtlich der Klage gegen den Vorstand, die Beamten als solche ꝛc. kommt nicht § 23, sondern § 31 zur Anwendung. Andrerseits fällt auch die Auflösungsklage unter § 23; ebenso die Ausschließungsklage.

§ 24.

1) Dieser Gerichtsstand ersetzt den des Arrestes (Wetzell S. 503 ff.). Anwendungen: §§ 705, 729. [Vgl. Krause a. a. O. S. 24 ff., 66 ff., Wach I S. 418 ff. („Gerichtsstand des Vermögens").]

2) — „eine Person" — sei es physische oder juristische; bei letzterer umfaßt „Wohnsitz" den „Sitz" im Sinne des § 19. Auf Klagen gegen Regierungen außerdeutscher Staaten ist jedoch aus völkerrechtlichen Gründen § 24 nicht anzuwenden (vgl. § 20 Anm. 4, Urth. d. Pr. Gerichtsh. z. Entsch. d. Kompetenzkonflikte v. 21. Jan. 1882, Droop in Gruchot, Beitr. XXVI S. 289 ff., bes. 302.)

— „vermögensrechtlicher Ansprüche" — vgl. § 21 Anm. 2.

— „keinen Wohnsitz" — Der Gerichtsstand des (deutschen) Wohnsitzes (§§ 13—17) schließt den des § 24 aus. Dagegen konkurrirt letzterer mit dem Gerichtsstande des § 18.

3) „Vermögen desselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand" — gleichviel ob der Beklagte Inländer oder Ausländer, und ob im Auslande Konkurs gegen ihn eröffnet ist (vgl. KO. § 207, RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 5 S. 204, 211, RG. I S. 435, VI S. 400 u. die Darstellung des Rechtsfalls nebst Bemerkungen von Schmidt (Celle) in Busch Zeitschr. VI S. 1 ff.), selbst wenn nach dortigem Recht das gesammte Vermögen als im „Eigenthum" des Konkursverwalters stehend behandelt wird (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 103). Unerheblich ist es auch, ob der Klagegegenstand oder das Vermögen in Immobilien oder Mobilien besteht; für letztere ist der Gerichtsstand des § 24 gewissermaßen ein Ersatz des dinglichen Gerichtsstandes (§§ 25 ff.). [Vgl. RG. I S. 435.] Eine Forderung des Beklagten, welche mit der Existenz des Klaganspruchs begrifflich nicht zu vereinigen ist, genügt nicht (RG. III S. 381, Wach I S. 423); ebensowenig eine solche, welche nach dem Klagevortrag durch Kompensation erloschen ist (RG. VII S. 30 ff.), nicht bloß erlöschen kann (das. S. 325). Das Vermögen (über den Begriff s. Wach I S. 419 ff.: „Summe der geldwerthen Rechte") repräsentirt den Schuldner. Ob der Anspruch ein dinglicher oder persönlicher, ist unerheblich. Ebensowenig kommt es darauf an, ob in die betreffenden Vermögensstücke die Vollstreckung zulässig ist (RG. IV S. 408, VI S. 400, Gaupp I S. 79, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M.: Petersen § 24 Nr. 4, Sarwey I S. 52).

4) — „befindet" — d. h. zur Zeit der Erhebung der Klage (§ 4 Anm. 1, RG. VII S. 325), nicht der Ueberreichung des Zustellungsgesuchs, welcher nach § 190 gewisse Wirkungen zukommen (RG. I S. 435).

Daß das Vermögen bezw. der Gegenstand durch Arrestschlag gesichert sei, ist nicht erforder-

§ 25. Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

R. Entw. §§ 56, 58. Entw. I. § 24. Entw. II. § 25. Entw. III. § 25. Mot. S. 58, 59. Prot. S. 10.

---

lich. Vgl. §§ 804, 805 Anm. 1. Ebensowenig ist die Vollstreckbarkeit auf jene Dinge eingeschränkt. Entgegengesetzte Amendements sind von der RTK. abgelehnt.

5) Satz 2 entscheidet Kontroversen, welche in der Praxis hervorgetreten sind. Vgl. § 730 Anm. 2. Ob die Sache dem Schuldner oder einer dritten Person gehört, ist nach der Fassung der Bestimmung unerheblich. Bei Werthpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, ist, da sie nach §§ 722 ff. als Sachen gelten, der Ort, wo sich das Papier befindet, maßgebend (Wach I S. 422).

6) Die Beweislast (aller Erfordernisse des § 24) liegt, wie überhaupt hinsichtlich der den Gerichtsstand begründenden Thatsachen (s. Tit. 2 Anm. 4), dem Kläger ob (RG. III S. 387, Bierhaus in Busch Zeitschr. V S. 64 f.).

7) Der Gerichtsstand aus HGB. Art. 310, 315 ist durch § 24 nicht berührt (EG. z. CPO. § 13).

§§ 25—27.

Die §§ 25—27 handeln vom dinglichen Gerichtsstande (Gerichtsstand der gelegenen Sache), welcher sich gemäß der älteren deutschen Auffassung auf unbewegliche Sachen beschränkt (s. Renaud S. 83). Vgl. auch §§ 755, 839 Abs. 2. Für die in § 25 bezeichneten Klagen ist derselbe (wie nach der im kan. R. bestätigten älteren deutschen Rechtsansicht — Wetzell S. 501, Wach I S. 435) ein ausschließlicher (zur Sicherung der Anwendung des örtlichen Rechts — s. Hann. Prot. I S. 437 ff.) Vgl. §§ 12 Anm. 1, 40 Abs. 2. Daß auch das Reich diesen besonderen Gerichtsständen unterliegt, ist in der RTK. ausdrücklich anerkannt.

Erweiterungen des dinglichen Gerichtsstandes, jedoch ohne Ausschließlichkeit, auf persönliche Klagen enthalten die §§ 26, 27.

§ 25.

1) Für Klagen — geltend gemacht wird" — also rei vindicatio, Publiciana in rem actio, alle konfessorischen, negatorischen und Hypothekar-Klagen einschließlich der hierher gehörigen — positiven und negativen (s. Wach I S. 439) — Feststellungsklagen (§ 231; s. z. B. RG. XIII S. 386 — Feststellung des nutzbaren Eigenthums am Fideikommisse nach preuß. Recht), nicht auch bloßer Inzidentklagen (§ 253 Anm. 2). Auch der Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Reallast (Abs. 2, § 26), über Eigenthum einer Hypothek oder über Eintragung des Nießbrauchsrechts an einer Hypothek (s. Entsch. d. OT. 53 S. 312, 315) gehört hierher, dagegen nicht persönliche Klagen auf Uebertragung des Eigenthums oder dinglicher Rechte (Wach I S. 439, 440). Klagen auf Löschung einer Hypothek oder Grundschuld (s. § 26) gehören nicht unbedingt hierher, sondern nur, wenn sie lediglich als negatorische (aus dem Grundeigenthum abgeleitete) auftreten. [Vgl. auch Petersen § 25 II 2, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2c, Gaupp I S. 90 rc. Die entgegengesetzte Ansicht (Hellmann I S. 123 u. Lehrb. S. 119, Sarwey I S. 60—62, Wach I S. 441 ff.) ist aus § 26 nicht zu begründen, da hier nur von solchen Löschungsklagen die Rede ist, welche im dinglichen Gerichtsstande zu erheben sind, nicht nothwendig von allen Löschungsklagen.] Klagen auf Herauszahlung der ungerechtfertigterweise erhobenen, zur Immobiliarmasse gehörigen Brandentschädigungsgelder fallen nicht unter § 25 (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 106).

Unter „Grenzscheidungsklagen" ist auch das Grenzerneuerungsverfahren (Preuß. ALR. I 17 §§ 383 ff.) mitbegriffen (vgl. Dernburg I S. 516 Anm. 1, S. 518. A. M. Seuffert

§ 26. In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

N. Entw. § 59. Entw. I. § 25. Entw. II. §. 26. Entw. III. § 26. Mot. S. 58, 59. Prot. S. 10.

Anm. 2d.). Unter „Theilungsklagen" sind nur solche zu verstehen, welche eine einzelne unbewegliche Sache betreffen (actio communi dividundo). Solche giebt es auch nach preuß. Recht (s. Wilm. Levy Anm. 4. A. M.: A. Förster Anm. 3e, Seuffert Anm. 2e). Wegen Erbtheilungsklagen s. § 28, wegen Theilung des Gesellschafts- u. s. w. Vermögens s. § 23.

„Besitzklagen" sind nach der Absicht des Gesetzes ebensowohl die sog. interdicta adipiscendae possessionis, soweit sie eine einzelne unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, als die eigentlichen possessorischen Rechtsmittel, welche § 232 Abs. 2 allein im Auge hat [Nordd. Prot. S. 47, Mot. S. 59, Wilm. Levy Anm. 5, Förster (Eccius) III § 162, S. 87 Note 28. A. M. Fitting im civ. Arch. 61 S. 421]. Für letztere ist die Lage desjenigen Grundstücks entscheidend, gegen welches die Störung bezw. Entsetzung verübt ist (Nordd. Prot. S. 47).

In der Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes (s. § 40 Anm. 2) wird nichts dadurch geändert, daß eine der hier bezeichneten Singularklagen mit einer der in § 28 bezeichneten Klagen zusammenfällt (Nordd. Prot. S. 46, 52). Andererseits umfaßt aber der Gerichtsstand der Erbschaft auch die in der Erbschaft enthaltenen unbeweglichen Sachen (ebendas. S. 52, Mot. S. 60; anders HG. § 19 Abs. 4). Es kommt also immer darauf an, ob in dem Klageantrage eine Entscheidung über das Erbrecht bzw. Vermächtniß verlangt wird. Eine Ausnahme s. in § 28 Anm. 2. [Vgl. auch Schultze in Krit. Vierteljahrsschr. XVIII. S. 224 ff., Seuffert § 28 Anm. 3, Petersen § 25 II 1, Sarwey I S. 55—58. Abweichend Gaupp I S. 83.]

2) — „um unbewegliche Sachen" — Hier darf man ergänzen: „oder deren Zubehörungen" (Nordd. Prot. S. 47). Der Begriff der „unbeweglichen Sachen" bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. (A. M. gegenüber der allgemeinen Meinung und insbesondere fast allen Komm. Wach I S. 436, welcher den Begriff — ähnlich wie den des Wohnsitzes (vgl. § 13 Anm. 1) — für die Lehre vom Gerichtsstande aus der CPO. selbst bestimmen will, obwohl diese dafür nur ungenügende Anhaltspunkte in den §§ 25, 27 bietet und für die Zwangsvollstreckung in § 757 Abs. 2 die Bestimmung des Begriffs ausdrücklich dem Landesrecht überläßt.)

— „in dessen Bezirke die Sache belegen ist" — Liegt sie in verschiedenen Bezirken, so tritt Bestimmung nach § 36 Nr. 4 ein.

3) Abs. 2 entscheidet eine in Preußen aufgetretene Kontroverse (Just.-Min.-Bl. 1840 S. 146) im Sinne des gem. R. (vgl. auch Hann. PO. § 8). Er ist auf s. g. gesetzliche Servituten analog anzuwenden (Wach I S. 439 Anm. 17, 443).

4) Der Gerichtsstand des § 25 gilt auch für Exterritoriale (GVG. 20).

§ 26.

1) § 26 enthält für gewisse Fälle des inneren Zusammenhanges Ausnahmen von der Regel, daß eine persönliche Klage mit der unter § 25 fallenden Klage im dinglichen Gerichtsstande nicht verbunden werden kann, wenn der Richter der belegenen Sache nicht aus einem anderen Grunde auch für sie zuständig ist. Vgl. § 232 Anm. 2. Letzteres ist jedoch der Fall hinsichtlich derjenigen Nebenforderungen, welche nach bürgerlichem Recht als Theil der Hauptsache gelten, z. B. die causa rei bei der rei vindicatio; bezüglich ihrer bedarf es somit keiner Ausnahmebestimmung.

2) — „kann — erhoben werden" — Die Verbindung ist nur fakultativ. Der Gerichtsstand des § 26 gilt daher nicht für Exterritoriale.

— „mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage" — (Vgl. darüber Krech u. Fischer: D. Preuß. Ges. üb. d. Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen v. 13. Juli

§ 27. In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

N. Entw. §§ 57, 58. Entw. I. § 26. Entw. II. § 27. Entw. III. § 27. Mot. S. 58, 59. Prot. S. 10.

§ 28. Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht getheilt ist.

N. Entw. § 60. Entw. I. § 27. Entw. II. § 28. Entw. III. § 28. Mot. S. 59, 60. Prot. S. 10.

1883 S. 136 ff.). Dies ist nicht auf eine „Grundschuld, welche neben eine persönliche Schuld tritt" (vgl. Eigenthumserwerbs-Ges. v. 5. Mai 1872 § 52 Abs. 2), auszudehnen (wie Dernburg I § 341 Anm. 3, S. 840 u. A. Förster Anm. 2 meinen); beide sind durchaus selbstständig.

— „auf Löschung einer Hypothek" — Vgl. § 25 Anm. 1. Auch hier steht die zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld der Hypothek nicht gleich.

— „wenn — gerichtet sind" — Diese Beschränkung fehlte im N. E. § 59; sie bezweckt die Vermeidung einer das Verfahren verwirrenden Klagenhäufung. Die Schuldklage darf also nicht mit der Klage gegen den dritten Besitzer des Pfandes verbunden werden.

§ 27.

1) — „können persönliche Klagen — gerichtet werden" — die sog. actiones in rem scriptae (vgl. Windscheid, Pand. I § 45 Anm. 6) einschließlich der Klage gegen den Besitzer eines mit einer Reallast beschwerten Grundstücks, sofern es sich um einzelne Leistungen handelt (s. § 25 Anm. 1, Seuffert Anm. 1a a. E.). Das Nähere bestimmt sich nach bürgerlichem Recht (vgl. A. Förster Anm. a). Der in der RTK. beantragte beschränkende Zusatz: „und mit welchem der Kläger bezweckt, ein dingliches Recht an derselben zu erlangen", ist abgelehnt. Auch dieser Gerichtsstand ist kein ausschließlicher. Vgl. § 26 Anm. 2.

2) „Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks — „für diejenigen, welche auf Ersatz des Schadens einen Anspruch haben" (Mot.), sei es durch erlaubte oder unerlaubte Handlung, z. B. actio aquae pluviae arcendae, interdictum quod vi aut clam, cautio damni infecti, Klagen wegen Wildschadens rc. Nicht darunter fallen Regreßklagen desjenigen, welcher vom Grundeigenthümer wegen Wildschadens belangt ist, gegen Dritte (z. B. auf Grund des § 4 des hann. Wildschadensgesetzes v. 27. Juni 1848 gegen denjenigen, aus dessen Jagdgebiet das schädigende Wechselwild ausgetreten ist).

3) — „in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks" — Auch dieser Gerichtsstand beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen. Er ist wie der des § 26 kein ausschließlicher. Anders der (nach EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 in Geltung gebliebene) reichsgesetzliche des Ges., betr. die Beschränkung des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, vom 21. Dezbr. 1871 § 42 (RGBl. S. 459) — vgl. auch Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann I S. 126, Wach I S. 445 Anm. 33, sowie der des Preuß. Enteignungs-Ges. v. 4. Juni 1874 § 30 Abs. 3 (GS. S. 221). — Vgl. EG. z. CPO. § 15 Nr. 2, RG. III S. 303.

§ 28.

1) Für die in Abs. 1 bezeichneten erbrechtlichen Klagen ist der Gerichtsstand der Erbschaft (vgl. über Geschichte und Literatur desselben Wach I S. 429 Anm. 1) ohne jede

Beschränkung aufgenommen. Zu denselben gehören z. B. auch die Klagen auf Herausgabe bzw. Ergänzung des Pflichttheils nach preuß. Recht (RG. VII S. 247), die Einziehungsklage des Pflichterben nach rheinischem Recht (action en réduction und en revendication), dagegen nicht eine für die Rechte als Erbe präparatorische Klage (RG. i. D. J. Ztg. 1884 S. 572) und noch weniger Singularklagen der Erben (Wach I S. 431). Es ist — abweichend von Abs. 2 — nicht erforderlich, daß die Klage gegen einen Erben bzw. Erbprätendenten gerichtet ist (s. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 487). Ferner macht es keinen Unterschied, ob Grundstücke in anderen Gerichtsbezirken zur Erbschaft gehören (s. § 25 Anm. 1), oder ob die Klage gegen die Erben des Beschwerten sich richtet (RG. III S. 380). Die Anordnungen zur Vollziehung der Theilung (z. B. Subhastation) bleiben dem Gericht der belegenen Sache überlassen (Nordd. Prot. S. 52). — Vgl. EG. z. CPO. § 15 Nr. 3.

2) Güter, welche von der Universalsukzession ausgeschlossen sind (Lehen, Stammgüter, Familien-Fideikommisse), fallen sowenig unter den Gerichtsstand, wie unter das Recht der Erbschaft (Nordd. Prot. S. 52, Mot. S. 59).

3) — „können" — Ein Antrag, den Gerichtsstand des Abs. 1 zum ausschließlichen zu erheben, ist von der RTK. abgelehnt.

4) — „den allgemeinen Gerichtsstand" — nach Maßgabe der Bestimmungen in §§ 13—18. Hiernach ist eine Vorschrift entbehrlich, wie sie § 60 d. N. E. wegen der Personen, welche einen Wohnsitz im Auslande zur Zeit des Todes hatten, enthält.

5) Abs. 2: Für die Nachlaßgläubiger ist die Zuständigkeit des Erbschaftsgerichts nur eine gewisse Zeit lang im Interesse der Rechtsverfolgung erstreckt. Es kommt darauf an, ob der Nachlaß, gleichviel ob einer oder mehrere Erben vorhanden sind (so auch Petersen § 28 II 2, v. Bülow Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 3, anscheinend auch Hellmann Lehrb. S. 113 u. A.; dagegen beziehen die Vorschrift nur auf den Fall eines Erben: Siebenhaar S. 67, Endemann I S. 277, Gaupp I S. 96, Seuffert Anm. 5b, Wach I S. 432 ff., besonders mit Rücksicht auf die Vorgeschichte des § 28, welche jedoch dem deutlichen Wortlaut gegenüber nicht entscheiden kann), ganz oder zum Theil sich im Bezirk des Erbschaftsgerichts befindet, oder ob der Nachlaß unter die mehreren Miterben getheilt (nicht vertheilt) ist. Eine Unterscheidung im ersteren Falle, ob die Erbschaft angetreten ist (Sarwey I S. 65, Hellmann Lehrb. S. 114, dagegen Seuffert a. a. O.), oder ob der im Bezirk des Erbschaftsgerichts befindliche Theil des Nachlasses gerade dem beklagten Theilerben zugefallen ist (Fitting S. 38 Anm. 10 u. im civ. Arch. 61 S. 406 ff.), ist aus dem Gesetze nicht zu begründen. Nach der Entfernung bzw. Theilung des Nachlasses haben die Gläubiger dem Gerichtsstande der Erben (im In- oder Auslande) ebenso zu folgen, wie dem des Schuldners bei Veränderung des Wohnsitzes. Ein Antrag, statt des Passus „wenn — getheilt ist" den Satz aufzunehmen:

> „Die Zuständigkeit des Erbschaftsgerichts erlischt, wenn der Nachlaß unter den Erben getheilt worden ist, oder, falls ein einziger Erbe vorhanden ist, derselbe den Nachlaß durch Ueberschreibung der Grundstücke und Forderungen auf seinen Namen und durch Besitzergreifung mit seinem Vermögen vereinigt hat",

ist von der RTK. abgelehnt. (Vgl. Krause a. a. O. S. 80 ff.).

6) „Ansprüchen an den Erblasser" — d. h. ererbte Verpflichtungen (Wach I S. 437).

„Ansprüchen an die Erben als solche" — d. h. Ansprüchen, welche nach dem Tode des Erblassers an die ungetheilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solche, begründet werden. (Verh. d. Nürnb. Komm. S. 61, Mot. S. 60, Fitting a. a. O.)

Die Klage ist nach preuß. R. nichtsdestoweniger gegen die Erben persönlich zu richten (vgl. Striethorst, Arch. 73 S. 321 ff., Dernburg III S. 645 Anm. 2).

7) Die Ausnahme-Bestimmung des Preuß. Rechts (ALR. I 17 § 132), wonach der Gerichtsstand der Erbschaft zu Gunsten der Nachlaßgläubiger auch über die Theilung hinaus in

§ 29. Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

N. Entw. § 61. Entw. I. § 28. Entw. II. § 29. Entw. III. § 29. Mot. S. 60, 61. Prot. S. 10, 11.

Ermangelung gehöriger Benachrichtigung fortdauert, ist durch § 28 beseitigt. Vgl. EG. z. CPO. § 14 Anm. 1.

§§ 29—32.

Die §§ 29—32, denen § 566 noch hinzutritt, bilden die Gruppe der Gerichtsstände für das Gebiet des Obligationen-Rechts.

§ 29.

Literatur: Schultze in Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 379 ff., Peter in Gruchot, Beitr. XXIV S. 366 ff., Westerburg das. XXV S. 42 ff., Stein das. XXVIII S. 406 ff., Hellmann, Lehrb. S. 114 ff., Wach I S. 445 ff.

1) Der Gerichtsstand des Vertrags (über dessen Prinzip vgl. Peter a. a. O., Stein a. a. O. [anders Savigny, System VIII S. 204], Westerburg a. a. O. S. 61 ff., Wach I S. 450) gilt, konkurrirend mit den übrigen Gerichtsständen (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1058), für alle Klagen aus verpflichtenden (obligatorischen — nicht dinglichen; vgl. Wach I S. 449) Verträgen (vgl. z. B. HGB. Art. 354, 355) unter Wegfall der beschränkenden Vorschriften des bisherigen Rechts (z. B. Preuß. AGO. I 2 §§ 142 ff.) und selbst dann, wenn die Klagen an sich nur familienrechtliche Beziehungen haben, wie die aus einem Verlöbniß (RG. VII S. 340, Seuffert Arch. 40 Nr. 149 — OLG. Hamburg u. RG.). Vorangestellt ist die Präjudizialklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags (§ 231). [Vgl. RG. X S. 351, OLG. Stuttgart in Busch, Zeitschr. VII S. 95, OLG. Karlsruhe in Seuffert Arch. 40 Nr. 54, Wach I S. 449 Anm. 13.] Die Zuständigkeit für Klagen auf Aufhebung eines Vertrags ist besonders mit Rücksicht auf Art. 1184 des Code civil und den gleichen Satz des Badischen Landrechts anerkannt, welche in der Praxis dahin angewendet werden, daß auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung des Vertrags geklagt werden dürfe. Es gehören dahin aber auch die redhibitorischen und andere Rescissionsklagen, auch Klagen auf Rückforderung der vom Kläger bewirkten Vertragsleistung (RG. III S. 412, VIII S. 369, X S. 350, Stein a. a. O. S. 411 ff.); dagegen nicht die Anfechtungsklagen wegen Verkürzung der Gläubiger, weil diese nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern die Beseitigung der Folgen desselben in Bezug auf bestimmte Dritte betreffen, und es nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann, eine gegen den Kontrahenten des Schuldners gerichtete Klage in den Gerichtsstand des Erfüllungsorts des Letzteren zu verweisen. (So Stein a. a. O. S. 413, A. Förster Anm. 4b, Seuffert Anm. 4 a. E., Wach I S. 448 Anm. 8, L. Korn, Anfechtung v. Rechtshandlungen 2. Aufl. (1885) S. 255, Jäckel, D. Anfechtung u. s. w. S. 185 u. A. A. M. d. früheren Aufl., Wilm. Levy Anm. 2 S. 152, Cosack: Anfechtungsrecht S. 226. Vgl. auch § 32 Anm. 1.) Für Wechselsachen ist der Gerichtsstand besonders geregelt (§ 566).

Auf Quasikontrakte, z. B. Kondiktionen wegen ungerechtfertigter Bereicherung, ist § 29 nicht auszudehnen (s. RG. II S. 406, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 67, Stein a. a. O. S. 412 ff., Wach I S. 446 ff. u. A.; vgl. § 31, Westerburg a. a. O. S. 61 ff.). Für Klagen des Fiskus auf Schadensersatz gegen einen Beamten aus dessen Amtsführung ist weder der Gerichtsstand des Erfüllungsorts noch der der unerlaubten Handlung (§ 32) begründet (OLG. Kiel in Seuffert Arch. 39 Nr. 49).

2) Die Fassung der Entwürfe lautete:

„wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist."

Es kommt indessen nicht darauf an, ob der Kläger (wie bei Aufhebungsklagen häufig) oder der Beklagte zu erfüllen hat. Die RTK. hat daher die Worte „von dem Beklagten" gestrichen.

§ 30. Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

N. Entw. § 62. Entw. I. § 29. Entw. II. § 30. Entw. III. § 30. Mot. S. 61, 62. Prot. S. 10, 11.

Ueberdies sind von der Redaktionskommission die Worte „der Vertrag" durch „die streitige Verpflichtung" ersetzt (vgl. über die Bedeutung dieser Aenderung Wach I S. 451 ff.). Dies ist besonders auch für solche Fälle wichtig, in welchen der Vertrag an verschiedenen Orten zu erfüllen ist, z. B. bei wechselseitigen Verträgen. [Vgl. z. B. RG. II S. 121, III S. 384, 412 (gegen die Begründung der letzteren beiden Urtheile mit Recht Wach I S. 451 Anm. 21 u. 452 Anm. 27), IX S. 350, XIII S. 412, Seuffert Arch. 37 Nr. 147, 38 Nr. 167 (OLG. Celle) und Vierhaus a. a. O. S. 68, 69.] Auch bei negativen Feststellungsklagen kommt es lediglich darauf an, welche Verbindlichkeit streitig ist (OLG. Karlsruhe in Seuffert Arch. 40 Nr. 54, Stein a. a. O. S. 416 ff.). Handelt es sich nicht um eine einzelne Verpflichtung, so fragt es sich, wo der wesentliche Inhalt des Vertrags (die Haupt-Obligation) zu erfüllen ist (s. ROHG. 15 S. 14, Wach I S. 454; vgl. auch RG. X S. 352 u. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1048, 1050).

Eine ausdrückliche Abrede des Erfüllungorts ist nicht erforderlich (RG. XIII S. 412, Seuffert Arch. 40 Nr. 53).

3) Wo zu erfüllen ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht (RG. I S. 438, II S. 121, Petersen § 29 Nr. 4). [Vgl. über dasselbe v. Savigny, System VIII S. 205 ff., Wetzell S. 494 ff., Windscheid, Pand. II § 282, HGB. Art. 224, 325, 342, Preuß. ALR. I, 5 S. 247 ff., Dernburg II § 57 S. 132 rc., Code civ. art. 1247, 1609, 1651, 1942, 1943.] Beispiele: RG. I S. 446 (Erfüllungsort bei Kaufverträgen), VII S. 338 (bei Verlöbnissen; vgl. auch OLG. Hamburg in Seuffert Arch. 40 Nr. 149), VIII S. 369 (im Kommissionsgeschäft); Keyßner im D. Handelsblatt 1881 Nr. 16, 17. Die Verbindung der Klage auf Empfangnahme der übersandten Waare mit dem Anspruch auf Bezahlung begründet nicht den Gerichtsstand des Erfüllungsorts am Wohnsitz des Verkäufers (RG. V S. 393; vgl. jedoch X S. 352). Es besteht kein allgemeiner Erfüllungsort bei Immobiliar-Veräußerungsverträgen am Orte des Vertragsabschlusses oder der belegenen Sache (RG. in Seuffert Arch. 39 Nr. 48; vgl. auch RG. IX S. 350). Der Bürge hat nicht nothwendig am Wohnsitz des Schuldners zu leisten (RG. X S. 282).

Der Ort des Vertrags-Abschlusses als solcher ist überhaupt unerheblich. (Anders § 30.)

Eine Darstellung der sich demnach ergebenden Anwendung des § 29 in den verschiedenen preuß. Rechtsgebieten s. bei Westerburg a. a. O. S. 42 ff.

§ 30.

1) Das Bedürfniß eines besonderen Gerichtsstandes für Meß- und Marktsachen (vgl. WO. Art. 4 Nr. 4, Art 35) ist in der Nordb. Proz.-Komm. nach Anhörung der Bundes-Regierungen eingehend erörtert. Die Definition jener Sachen beruht auf N. E. § 15 Nr. 4 und soll die Geschäfte des Kleinverkehrs ausschließen. Nur große Märkte an Verkehrsmittelpunkten sind gemeint. Die gedachte Komm. war einig, daß es nicht in Betracht komme, ob die Partei den Vertrag in Person geschlossen habe, ob die Messe bereits ein- oder ausgeläutet gewesen sei, wenn dieselbe nur nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs bereits oder noch bestanden habe, während andrerseits das Wort „auf" die Geschäfte ausschließe, welche nur während der Messe und nicht im Meßverkehr geschlossen seien (Nordb. Prot. S. 2289, 2290). Der Gerichtsstand, ein Gerichtsstand des Vertragsabschlusses (v. Schrutka-Rechtenstamm in Busch, Zeitschr. VII S. 62 ff., Stein a. a. O. S. 420), kommt neben dem des § 29 wie den sonstigen Gerichtsständen zur Anwendung. Die sachliche Zuständigkeit bleibt unberührt. (Vgl. Schultze a. a. O. S. 211.)

§ 31. Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

N. Entw. § 63. Entw. I. § 30. Entw. II. § 31. Entw. III. § 31. Mot. S. 62. Prot. S. 10, 11.

§ 32. Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

N. Entw. § 64. Entw. I. § 31. Entw. II. § 32. Entw. III. § 32. Mot. S. 62. Prot. S. 10, 11.

---

2) Der Begriff „Handelsgeschäft" bestimmt sich nach den Art. 271 ff. des HGB. Vgl. GVG. § 101 Nr. 1. Wegen des Ausdrucks „aus — — geschlossenen Handelsgeschäften" sind nur Klagen aus Verträgen getroffen, diese aber nach allen Seiten, mithin auch Feststellungs- und Aufhebungsklagen (Stein a. a. O. S. 421, Wach I S. 457 ff.).

3) Die Beschränkung „wenn — aufhält" (die Zustellung der Klage im Gerichtsbezirke ist Bedingung — vgl. §§ 18 Anm. 2, 21 Anm. 1) beruht auf einem von der RTK. angenommenen Antrage (des Abg. Bähr), welchem der Vertreter der K. sächsischen Regierung unter der von keiner Seite bestrittenen Voraussetzung zugestimmt hatte, daß unter dem „Vertreter" nicht blos die in § 159 bezeichneten Vertreter zu verstehen seien. Vgl. HGB. Art. 47 Abs. 2, 49, 58 Abs. 2. Kontinuität des Aufenthalts vom Geschäftsabschluß bis zur Klageerhebung ist nicht erforderlich; ebensowenig Identität desjenigen, welcher den Vertrag abgeschlossen hat, mit dem Beklagten. (S. auch Endemann I S. 277, v. Schrutka a. a. O., Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Siebenhaar S. 71.)

4) Wegen des beschleunigten Verfahrens in Meß- und Marktsachen s. §§ 194, 234, 459, 481, 517 sowie GVG. § 202 Nr. 3.

§ 31.

1) „Klagen" — im weitesten Sinne, auch die auf Auflösung des Verhältnisses, nicht blos Klagen auf Erfüllung oder Rechnungslegung. Nur die actio directa des Geschäftsherrn und die a. contraria des Verwalters, nicht die Klagen Dritter gehören hierher. Beispiele s. bei A. Förster Anm. 4, Wach I S. 460. Unter „Vermögensverwaltung" ist aber, wie in der RTK. ausdrücklich konstatirt wurde, nicht blos die vertragsmäßige, sondern in Uebereinstimmung mit dem gem. R. (Wetzell S. 496, 497) auch die auf gesetzlichem Grunde oder amtlichem Auftrage beruhende, z. B. Vormundschaft, Pflegschaft, Konkursverwaltung, Sequestration u. s. w., zu verstehen, weshalb dieser Gerichtsstand nicht eine Unterart desjenigen des § 29 ist (Stein a. a. O. S. 424 ff., Wach I S. 458. A. M. Peter a. a. O. S. 403 ff.). Auch macht es keinen Unterschied, ob die Verwaltung sich lediglich auf fremdes Vermögen beschränkt oder zugleich eigenes betrifft, z. B. bei der Sozietät (s. ROHG. 21 S. 224). Die Ausdrücke „Geschäftsherr, Verwalter" sprechen nicht dagegen. Ebenso ist es unerheblich, ob die Verwaltung noch fortdauert oder bereits beendigt ist („geführt ist").

2) Als Ort, wo die Verwaltung geführt ist, ist nicht der Ort, wo sich zufällig ein Vermögensobjekt befindet, sondern nur der Sitz einer selbständigen Verwaltung zu betrachten.

3) Eine Bestimmung wie § 63 Abs. 2 d. N. E., wonach bezüglich der von einer obrigkeitlichen Behörde geleiteten oder beaufsichtigten Verwaltungen (vgl. Anm. 1) der Ort, wo die Behörde ihren Sitz hat, als Ort der geführten Verwaltung gilt, ist, als entbehrlich und möglicherweise zu Inkonvenienzen sowie zu einer unbilligen Belästigung des Klägers führend, nicht aufgenommen.

4) Die Art. 455, 475 (764) des HGB. bleiben neben § 31 nach § 13 Abs. 1 des EG. z. CPO. in fortdauernder Geltung. (Vgl. Wach I S. 461.)

§ 32.

1) Die Mot. bemerken:

„Der Begriff „unerlaubte Handlung" umfaßt sowohl die strafbaren Handlungen als

die Fälle civilrechtlicher Verschuldung, insbesondere die Fälle, in denen die gemeinrechtliche actio legis Aquiliae begründet ist."

Hiernach sind freilich nicht alle Zweifel gelöst (vgl. Endemann I S. 279). Jedenfalls gehört das Gebiet der bloßen Vertrags-Culpa nicht hierher, da dieselbe keinen selbständigen Klagegrund bildet (vgl. auch Nordd. Prot. S. 56, 57), aus demselben Grunde auch nicht Klagen aus dem durch die Staatsdienerstellung geschaffenen Verhältniß (Seuffert Arch. 39 Nr. 49 — OLG. Kiel). Ebensowenig fallen die sog. Quasidelikte, welche nicht eine unerlaubte Handlung voraussetzen, z. B. die actio de pauperie und de pastu, unter § 32 (Hann. Prot. S. 4878, 4879. A. M. RG. II S. 411; Uebel I S. 36. S. dagegen Bierhaus in Busch Zeitschr. V S. 69, Wach I S. 468 ff. u. zum Theil Seuffert Anm. 2b). Dagegen fallen die Klagen auf Herausgabe der durch bewußte widerrechtliche Aneignung entstandenen Bereicherung (condictio furtiva) darunter (RG. II S. 411). Unerlaubte Handlungen sind auch Patentverletzungen (RG. XIII S. 117), ferner die nach KO. § 24 Nr. 1, § 33 Abs. 2 Nr. 1 und den entsprechenden § 3 Nr. 1 u. § 11 Abs. 2 Nr. 1 d. Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 (RGBl. S. 267) oder nach KO. § 23 Nr. 1 wegen Voraussetzung der Kenntniß der Zahlungseinstellung (RG. in Jur. Wochenschrift 1884 S. 110, Wach I S. 470 Anm. 89. A. M. Seuffert Anm. 2c) anfechtbaren Rechtshandlungen (wegen § 24 Nr. 1 s. RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 168 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1124). Dasselbe gilt wohl (was zwischen d. 1 u. 2 Civ. Sen. d. RG. streitig — X S. 325 ff., 334 ff.) von der Klage aus KO. § 23 Nr. 2 [und konsequenterweise auch aus § 24 Nr. 2, § 33 Abs. 2 Nr. 2], da es sich nicht um eine bloße oblig. ex lege handelt, vielmehr eine Präsumtion des dolus zu Grunde liegt. (S. auch Busch Zeitschr. III S. 490, Wach I S. 470 Anm. 89. A. M. Seuffert Anm. 2d.) Dagegen gehören die Klagen aus KO. § 25 u. Anfechtungsges. § 3 Nr. 3, 4 nicht hierher, weil sie wesentlich die Natur von Bereicherungsklagen haben. (A. M. gegenüber der herrschenden Meinung v. Sarwey KO. S. 135, L. Korn, Anfechtung v. Rechtshandlungen 2. Aufl. S. 252 ff., Förster-Eccius I § 88 S. 608 Anm. 35.)

Bei der unerlaubten Handlung kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte selbst die Handlung begangen hat [z. B. Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 2 — RGBl. S. 207 (§ 1 fällt nicht unter § 32, weil eine Verschuldung der Klage nicht zu Grunde liegt); RG. VI S. 383 u. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1049; Petersen § 32 Nr. 4, Wach I S. 469, Gaupp I S. 104, Seuffert Anm. 2c u. A.].

Einen besonderen, neben dem des § 32 in Geltung verbliebenen Gerichtsstand für Vermögensansprüche gegen Reichsbeamte aus Amtsvergehen enthält § 154 des Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873. Vgl. auch GVG. § 70.

2) Die Beschränkung des Gerichtsstandes auf den Fall, wenn der Beklagte in dem Gerichtsbezirke sich aufhält oder Vermögen besitzt, ist von der RTK. abgelehnt. (Vgl. auch Krause a. a. O. S. 58 ff.)

3) Das besondere Forum für Klagen aus außerehelicher Schwängerung (Preuß. Ges. v. 24. April 1854 § 11 — GS. S. 139) ist nicht aufgenommen. Es kommt also darauf an, ob das Civilrecht die außereheliche Schwängerung als unerlaubte Handlung auffaßt. Nach preuß. Recht ist dies nicht der Fall. [So auch Förster (Eccius) IV S. 130 Anm. 45, S. 176; I S. 66 u. Anm. 33, A. Förster Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. hinsichtlich der Ansprüche der Mutter Dernburg I § 59 S. 56 u. Anm. 6.] Wegen des gem. R. vgl. Windscheid, Pand. II § 475 Anm. 18.

4) — „in dessen Bezirke die Handlung begangen ist" — Die Frage nach dem Thatort ist die gleiche wie im Strafrecht. Das Motiv des Gerichtsstandes ist die leichtere Beweisbarkeit. Es kommt nicht darauf an, wo die Handlung angeordnet (rechtswidrig befohlen) [RG. IV S. 380, Seuffert Arch. 33 Nr. 163, 36 Nr. 298], noch, wo der Erfolg eingetreten, sondern wo die That vollendet ist (so auch Seuffert Anm. 3); aber es genügt nicht, daß ein Theil des Thatbestandes, wenngleich ein „wesentlicher", unter den Gerichtsort fällt (A. M. Wach I S. 463 ff.). — In Fällen der thatsächlichen Ungewißheit, in welchem Gerichtsbezirk die Handlung vollendet ist, hilft Bestimmung durch das höhere Gericht (s. § 36 Anm. 4).

§ 33. Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

N. Entw. § 65. Entw. I. § 32. Entw. II. § 33. Entw. III. § 33. Mot. S. 62, 63. Prot. S. 12, 54, 55, 61. 508.

---

§ 33.

Literatur: Löning: Die Widerklage im Reichscivilprozeß in Busch, Zeitschr. IV S. 1 ff. (auch als Separatabdruck erschienen), Schmidt das. IV S. 375 ff., Lippmann im civ. Archiv 65 S. 414 ff., Kleinfeller: Der Gerichtsstand der Widerklage (Dissertation), München, 1882, Kroll: Klage u. Einrede nach Deutschem Recht S. 281 ff., Hellmann: Lehrb. S. 129 ff., 441 ff., Wach I S. 474 ff. Wegen der älteren Literatur s. Wetzell S. 507 ff.

1) Das Institut der Widerklage (Rekonvention), deren Voraussetzungen, abgesehen von dem Falle des § 253, hier bestimmt werden, hat außer dem Gerichtsstande auch eigenthümliche Prozedurformen (§§ 251, 253) und andere Besonderheiten (z. B. §§ 102 Nr. 3, 273, 293). Sie kommt nur als eigentliche Widerklage (in demselben Prozesse) vor (Kroll a. a. O. S. 281). Der Begriff der Widerklage ist der gemeinrechtliche einer neuen, dem Inhalte nach selbständigen Klage (vgl. Löning a. a. O. S. 7, 14; Fitting § 14 S. 40), welche jedoch nicht mehr eine eventuelle Kompensationseinrede enthält (Schollmeyer, Kompens. S. 35 Anm. 2 gegen Löning a. a. O. S. 134; s. auch Kroll a. a. O. S. 282—284). Die Parteien müssen nothwendig identisch sein. Eine Widerklage gegen den Zedenten des Klägers wegen des Ueberschusses der Gegenforderung (wie nach d. Preuß. AGO. I 19 § 8) ist nicht zuläßig. [So auch Förster (Eccius) I, 99, S. 755 Anm. 193, Hellmann Lehrb. S. 452. A. M. Dernburg, II § 85 Anm.]

„Bei dem Gerichte der Klage" — d. h. dem sachlich und örtlich zuständigen (Löning a. a. O. S. 88 ff.); jedoch ohne Unterschied, in welchem Gerichtsstand (allgemeinen, besonderen u. s. w.) die Klage (Vorklage) erhoben ist. Auch bei dem durch Vereinbarung zuständig gewordenen Gericht kann eine Widerklage erhoben werden. (So auch Löning a. a. O. S. 86 Anm. 110, Leonhard in Busch, Zeitschr. IV S. 411. A. M. Birkmeyer das. V S. 167 in Folge seiner Ansicht über das Prinzip des vereinbarten Gerichtsstandes; vgl. § 39 Anm. 2.)

Es ist eine wirkliche Klage vorausgesetzt. Das „Arrestgesuch" (§ 800) ist keine Klage. (So auch Hellmann, Lehrb. S. 446, Wach I S. 484 Anm. 35, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Löning a. a. O. S. 34, Schollmeyer a. a. O. S. 40 Anm. 3.) Selbstverständlich muß die Erhebung bei einem ordentlichen Gericht (GVG. § 12) erfolgt sein. Auch die Prozeßart muß die gleiche sein. Widerklage im Urkundenprozesse gegen die gewöhnliche Klage ist ebensowenig zuläßig als (nach § 558) umgekehrt (Löning a. a. O. S. 122, Wach I S. 484 u. A. A. M. Kleinfeller a. a. O.). Dagegen ist das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen (§ 247 Anm. 1) auf Seiten des Klägers keine Vorbedingung für Erhebung der Widerklage (Hellmann, Lehrb. S. 446, Wach I S. 476 ff. A. M. Löning a. a. O. S. 36 ff., Seuffert Anm. 1a), weil trotz des Mangels derselben die Vorklage eine Klage bleibt („Bei dem Gerichte der Klage"), während andererseits der Abweisung der Vorklage wegen Mangels der Prozeßvoraussetzungen auch den Fortfall des Gerichtsstandes der Widerklage zur Folge hat (Wach I S. 478).

2) „wenn — steht" — Das Erforderniß der Konnexität fehlt im N. E. (vgl. Nordd. Prot. S. 57, 58, 220, 558, 2341). Der Entw. I. erforderte einen rechtlichen Zusammenhang des Gegenstandes der Widerklage mit dem Gegenstande der Klage oder einer Einrede. In Folge von Erinnerungen in der Vorkommission, daß das thatsächliche Vorbringen einer Einrede

kein genügender Grund sein könne (s. Wilm. Levy Anm. 1), formulirten die Entw. II. und III. des Erforderniß dahin:

„wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht."

Dagegen erklärte sich die RTK. ohne Diskussion für eine nach der Motivirung des Antragstellers (Bähr) dem Sinne des Entw. entsprechende und nur dessen Klarstellung bezweckende veränderte Fassung, welche von der jetzigen nur insofern abweicht, als sie statt „den — Vertheidigungsmitteln" lautet: „der dagegen vorgebrachten Vertheidigung". Welches auch die Absicht des Antragstellers und der RTK. gewesen sein mag, so ist diese doch nicht mit der des Gesetzgebers identisch; der jetzige Wortlaut der Bestimmung ist klar.

Nach diesem Wortlaut kommt es auf den Zusammenhang des „Gegenanspruchs" entweder mit dem „Anspruche" in der Vorklage (vgl. hierüber Wach I S. 481 ff.) oder mit den „Vertheidigungsmitteln" gegen diesen an, und in letzterem Falle nicht sowohl auf die Kompensabilität des Gegenanspruchs als darauf, daß ein Zusammenhang desselben mit den wirklich vorgebrachten Vertheidigungsmitteln besteht, die Gegenforderung also in der That, z. B. zum Zwecke der Kompensation, geltend gemacht ist. [Uebereinstimmend: Fitting § 14 S. 40, Gaupp I S. 107, 108, Endemann I S. 281, Löning a. a. O. S. 14 ff., Wach I S. 482, 483, jetzt auch Seuffert Anm. 3. Die entgegengesetzte Ansicht (Petersen § 33 II, Puchelt I S. 186, Wilm. Levy Anm. 1, Meyer in Busch, Zeitschr. VIII S. 456 ff. u. A.; schwankender: Sarwey I S. 74) trägt ein dem deutlichen Inhalt der Bestimmung fremdes Element herein.] Ueber „Anspruch" und „Vertheidigungsmittel" vgl. §§ 136, 137 Anm. 2. Beweismittel (s. Löning a. a. O. S. 97) können hier nicht als Vertheidigungsmittel gelten.

Der „Zusammenhang" braucht kein rechtlicher zu sein (wie in den Fällen der §§ 136, 138, 274 — eine besondere Art des letzteren fordert § 253); es genügt auch der bloß thatsächliche. Hauptsächlich deutet der Ausdruck auf die (vollständige oder theilweise) Identität des historischen Entstehungsgrundes (s. Preuß. AGO. I 19 §§ 1, 5, 9 2c.; vgl. auch Seuffert a. a. O., Sarwey I S. 74). Indessen ist dies nicht der einzige Fall. Auch die Identität des Gegenstandes (s. § 232 Anm. 5 a. E., Endemann I S. 281) oder die Abhängigkeit des einen Anspruchs von dem anderen begründen den Zusammenhang (vgl. Löning a. a. O. S. 93, 94). In diesen Fällen ist der Zusammenhang in der That ein „rechtlicher", d. h. von rechtlicher Wirkung in materieller Beziehung. Aber dies ist eben nicht wesentlich und nicht immer der Fall (wie A. Förster Anm. 2a annimmt). Es ist nicht zuzugeben, daß der Begriff „Zusammenhang" unklar und nur der kürzere, prozessualisch-technische Ausdruck für „rechtlicher Zusammenhang" sei (wie RG. XI S. 423 ausführt). [Vgl. auch Petersen a. a. O., Wilm. Levy a. a. O. u. A. Dem RG. treten bei: Seuffert a. a. O. u. Wach I S. 480 ff.] — Ueber petitorische Widerklagen gegen die Besitzklage s. § 232 Anm. 5, Förster (Eccius) III § 162 S. 87 Anm. 27, 28.

Der Gegenanspruch (nicht das Rechtsverhältniß, aus welchem geklagt wird) muß von dem Klageanspruche verschieden sein. So ist z. B. eine Widerklage auf Ehetrennung auf Grund derselben Thatsachen zulässig, auf welche die Ehescheidungs-Klage gestützt ist (RG. in Gruchot Beitr. XXVIII S. 1125; vgl. auch Wach I S. 481). Dagegen ist eine Widerklage, welche nur das Nichtbestehen des Klageanspruchs intendirt (vgl. § 231) nicht zulässig (vgl. Löning a. a. O. S. 49 ff.).

Ungerechtfertigt ist die hauptsächlich auf die Stellung des § 33 in der Lehre vom Gerichtsstande gestützte Ansicht Löning's a. a. O. S. 57 ff. [welche von Hinschius im Rechtslex. III S. 1320, Brinkmann: die Begründung der Klagen, Leipzig 1883 I S. 27 u. Renaud in Busch Zeitschr. V S. 53 Anm. 87 getheilt, von Schmidt das. IV 375 ff., Meyer das. VIII S. 453 ff., Lippmann im civ. Arch. 65 S. 414, OLG. Celle in Seuffert Arch. 37 Nr. 337, A. Förster Anm. 1, Seuffert Anm. 3 S. 38 u. A. bekämpft wird],

§ 34. Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

N. Entw. § 66. Entw. I. § 33. Entw. II. § 34. Entw. III. § 34. Mot. S. 63, 64. Prot. S. 12, 508.

---

daß hier nur eine Bedingung des Gerichtsstandes der Widerklage, nicht der Widerklage überhaupt aufgestellt sei. Beide Fragen sind nach der CPO. nicht zu trennen; der ganze Zweck des Instituts ist eine gemeinsame Verhandlung der Vor- und Widerklage, nicht Schaffung eines neuen Gerichtsstandes für eine getrennt zu verhandelnde Klage. Auch die Mot. zu § 33 handeln nicht blos von der Zuständigkeit, sondern von der Zulässigkeit der Widerklage und gelangen zu dem Schlusse: „Es erscheint daher gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Widerklage von der Konnexität mit der Klage abhängig macht." (Vgl. noch das. S. 188.) Ueberdies würden im Gesetze alle Vorschriften über die Zulässigkeit der Widerklage — abgesehen von der Frage der Zuständigkeit — fehlen (vgl. hiermit N. E. §§ 206, 208 im Gegensatz zu § 67), wenn § 33 nur jene engere Bedeutung hätte. (S. auch Schollmeyer, Kompens. S. 156 Anm. 2.)

Die Zulässigkeit der Widerklage ist stets (nicht blos im Falle des Abs. 2) von Amtswegen zu prüfen, weil es sich dabei eben nicht blos um den Gerichtsstand handelt und ein Konventionalprozeß rücksichtlich der Prozedurformen unstatthaft ist (A. M. Löning a. a. O. S. 86, 87, 167 ff., 178 ff.; vgl. jedoch auch S. 182).

3) Die Geltendmachung der Widerklage ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung erster Instanz zuläſſig, auf welche das Urtheil ergeht (vgl. §§ 251, 253, 467, 491). Die Zurücknahme der Hauptklage, wenn sie nicht bereits vor Anbringung der Widerklage erfolgt ist (Ob. LG. f. Bayern in Seuffert Arch. 40 Nr. 239), hat auf den bereits begründeten Gerichtsstand der erhobenen Widerklage keinen Einfluß (§ 235 Nr. 2). Freilich ist vorausgesetzt, daß zur Zeit der Erhebung der Widerklage die Sache noch rechtshängig ist (vgl. § 235 Anm. 8, Löning a. a. O. S. 39 ff., Wach I S. 476). Dasselbe gilt von der richterlichen Trennung (vgl. § 136).

Widerklage gegen Widerklage findet nicht statt. (So auch Petersen § 33 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 1, S. 61, Hellmann Lehrb. S. 452, Kroll a. a. O. S. 282, 283 u. A. A. M. Löning a. a. O. S. 79 ff., Hinschius a. a. O. S. 132, A. Förster Anm. 6, Seuffert Anm. 6, Wach I S. 485 ff.) Daß nach § 253 materiell etwas ähnliches vorkommen kann, beweist nichts und kann keinenfalls gegenüber dem Wortlaut des § 33 und der Tendenz der CPO., die Widerklage als ein der Einschränkung bedürfendes Institut zu behandeln, ins Gewicht fallen.

Die Widerklage kann auch eventuell, d. h. für den Fall erhoben werden, daß der Klage statt gegeben wird (A. M. OLG. Jena in Seuffert Arch. 40 Nr. 159). Vgl. § 482 Anm. a. E.

4) Abs. 2: Die Fälle bezeichnet § 40 Abs. 2. In denselben ist die Widerklage nur dann zuläſſig, wenn für dieselbe das Gericht der Klage schon an sich zuständig bezw. ausschließlich zuständig ist (s. Löning a. a. O. S. 98, 99). Anders die Widerklage des § 253 (vgl. das. Anm. 2).

Andere Beschränkungen s. in §§ 558 Abs. 1, 575 Abs. 2, 587 Abs. 2, 608 Abs. 2, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4 (s. Löning a. a. O. S. 42 ff., 121 ff.).

5) Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts der Widerklage ist, abgesehen von § 467 und GVG. §§ 102 Abs. 2, 103 Abs. 2, 104 Abs. 2, 105 Abs. 1, nichts bestimmt. E contrario und wegen der prozessualischen Behandlung der Widerklage ist aber zu folgern, daß, abgesehen von den Fällen des Abs. 2, das für die Klage zuständige Landgericht auch für die Widerklage sachlich zuständig ist. (Vgl. auch § 5, Endemann I S. 230, Gaupp I S. 110, Löning a. a. O. S. 113 ff. u. A.)

§ 34.

1) Ein Gerichtsstand des materiellen Zusammenhangs zur Erleichterung der Klage

§ 35. Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

N. Entw. § 68. Entw. I. § 34. Entw. II. § 35. Entw. III. § 35. Mot. S. 51, 52. Prot. S 12.

§ 36. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

— der einzige in diesem Titel, abgesehen von § 26. Andere Fälle: §§ 61, 126, 253, 352, 547, 690, 765, 778.

2) „Prozeßbevollmächtigten": s. §§ 72 ff.; „Beistände": s. § 86; „Zustellungsbevollmächtigten": s. §§ 160 ff.; „Gerichtsvollzieher": s. §§ 152 ff., 674 ff. Für Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher besteht ein gesetzlicher Tarif (vgl. Tit. 5 Anm. 1). Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte s. GO. f. RA. §§ 9 ff.; wegen Auslagen derselben §§ 76 ff.; wegen Einforderung §§ 84—86. Die Einziehung erfolgt im ordentlichen Prozeßwege bezw. im Mahnverfahren (s. Mot. zu § 85 d. GO.). Ueber die Gebühren der Gerichtsvollzieher s. d. GO. f. GV. in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881 §§ 2—12, wegen Auslagen derselben das. §§ 13—17, wegen Einziehung das. §§ 18—21. Auch der Gerichtsvollzieher muß nöthigenfalls den gewöhnlichen Rechtsweg beschreiten. § 34 handelt selbstverständlich nur von den Klagen gegen den Auftraggeber, nicht von solchen wider den ersatzpflichtigen Gegner (vgl. § 98 Anm. 1).

3) — „das Gericht des Hauptprozesses" — d. h. das Gericht erster Instanz, bei welchem also auch die Gebühren und Auslagen aus dem Verfahren der höheren Instanzen, und zwar auch wenn diese Gerichte nach § 547 im Wiederaufnahmeverfahren entschieden haben (OLG. Bamberg in Busch Zeitschr. VI S. 442. A. M. Hellmann Lehrb. S. 124), einzuklagen sind, was nach rheinischem Recht streitig war. Ein Antrag, dies ausdrücklich zu bestimmen, ist abgelehnt, weil es selbstverständlich sei, daß man bei einem Berufungs- bezw. Revisionsgericht keine Klage anhängig machen könne. Eine vorherige gerichtliche Festsetzung (vgl. §§ 96—100) ist nicht erforderlich.

4) Selbstverständlich können nur die im Hauptprozesse (einschließlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens) entstandenen Gebühren und Auslagen in diesem Gerichtsstande eingeklagt werden, und zwar ohne Rücksicht auf die Art der Beendigung des Hauptprozesses. Unerheblich ist auch die sachliche Zuständigkeit (nach der ratio legis). Auf den Betrag der Kosten und Auslagen kommt es daher trotz GVG. § 23 Nr. 1 nicht an. (So auch Petersen § 34 Nr. 1, Endemann I S. 283, Sarwey S. 75, Wach I S. 490 Anm. 9, jetzt auch wieder Wilm. Levy Anm. 1.) Die Kammern für Handelssachen (GVG. §§ 100 ff.) sind nicht ausgeschlossen; die ratio des Gesetzes (s. auch Mot. S. 13) trifft für sie ebenfalls zu. (So Seuffert Anm. 4, Endemann I S. 283, A. Förster Anm. 2 u. A. A. M. Hellmann I S. 153, Wilm. Levy Anm. 4 u. A.)

5) Auch für die Erben der Prozeßbevollmächtigten u. s. w. ist nach der ratio legis der Gerichtsstand begründet.

6) Das Gericht des Hauptprozesses ist nicht auch umgekehrt für Klagen der Parteien gegen die Prozeßbevollmächtigten wegen zu viel erhaltenen Vorschusses (auf Rechnungslegung &c.) oder zu viel gezahlter Gebühren und Auslagen zuläßig. Zwar trifft auch hier die ratio legis zu, es fehlt aber an der positiven Vorschrift. (S. auch Petersen § 34 Nr. 2, Seuffert Anm. 2, Gaupp I S. 133. A. M. v. Bülow Anm. 2.)

§ 35.

1) „Unter mehreren zuständigen Gerichten" — vgl. §§ 12 Anm. 1, 36 Anm. 4 bis 6, Wach I S. 512 ff.

2) Das Wahlrecht wird durch Erhebung der Klage ausgeübt (s. §§ 4 Anm. 1, 230, 235 Nr. 1, 243 — Nordd. Prot. S. 62, 63). Bei judicia duplicia entscheidet also die Prävention. Bei gleichzeitiger Klagerhebung hilft § 36 Nr. 5.

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
3. wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
5. wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
6. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

R. Entw. §§ 31, 69, 70, 72. **Entw. I.** § 35. **Entw. II.** § 36. **Entw. III.** § 36. **Mot.** S. 64, 65. **Prot.** S. 12, 508.

---

§§ 36, 37.

Die §§ 36, 37 bezeichnen die Fälle eines sog. außerordentlichen Gerichtsstandes — der Delegation (vgl. Wetzell § 35, Hellmann Lehrb. S. 131 ff.), (richtiger) des Kommissoriums (vgl. Wach I S. 492) — (Preuß. AGO. I 2 §§ 131 ff.; Code de proc. Th. I Buch II Tit. 19 „des réglements de juges") und regeln das bezügliche Verfahren. Der gemeinsame Gesichtspunkt ist der eines von der obrigkeitlichen Gewalt zu lösenden Zweifels über das zuständige Gericht. Entsprechende Bestimmungen enthält d. preuß. AG. z. GVG. § 20.

§ 36.

1) — „des zuständigen Gerichts" — Dies kann unter Umständen (im Falle Nr. 1) auch ein Gericht höherer Instanz sein (s. R. E. § 72). Eine besondere Direktive, welches Gericht zu bestimmen sei (wie im R. E. § 70 Abs. 2) ist nicht gegeben. Indessen darf es als selbstverständlich betrachtet werden, daß in dem Falle Nr. 1 ein anderes gleichartiges Gericht im Bezirke des höheren Gerichts, in den einander gleichartigen Fällen Nr. 2—4 eines der verschiedenen Gerichte, in den Fällen Nr. 5 u. 6 das für zuständig erachtete Gericht zu bestimmen ist. In dem Falle unter Nr. 1 findet also eigentlich eine Kommittirung eines beliebigen anderen dem kommittirenden untergeordneten Gerichts statt; in den anderen Fällen wird der Zweifel durch Auswahl unter den konkurrirenden untergeordneten Gerichten gelöst, in den Fällen Nr. 5 u. 6 sogar auf Grund einer wahren richterlichen Kognition über die Zuständigkeit. (So auch Wach I S. 498.)

2) — „das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht" — Der R. E. § 70 Abs. 1 beschränkt dies auf den Fall Nr. 1 und läßt in den anderen Fällen die Entscheidung „demjenigen zunächst höheren Gerichte, zu dessen Bezirk die verschiedenen Gerichte gehören". Ein sachlicher Unterschied waltet indessen nach den Mot. S. 65 nicht ob. Es muß eben ein für alle betheiligten Gerichte „höheres" Gericht sein. (Vgl. jetzt auch Petersen § 36 Nr. 1.) Daher ist es keine Ausnahme, wenn die Bestimmung des zuständigen Gerichts unter den Gerichten verschiedener Bundesstaaten durch das Reichsgericht auch dann erfolgt, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist (EG. z. CPO. § 9). Es folgt aber freilich e contrario, daß, wenn die verschiedenen Gerichte innerhalb der Bezirke verschiedener Oberlandesgerichte desselben Bundesstaates ihren Sitz haben, das oberste Landesgericht des letzteren die Bestimmung zu treffen hat.

3) Nr. 1: — „das an sich zuständige Gericht" — bei mehreren konkurrirenden dasjenige, welches der Kläger anrufen will (Gaupp I S. 118, Wilm. Levy Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 132. A. M. Petersen § 36 Nr. 2, welcher in diesem Falle den Kläger auf

das nicht verhinderte Gericht beschränken will). Anders im Falle der Nr. 3. Die Fälle rechtlicher Verhinderung s. in § 41. Auch im Falle einer begründeten Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit (§ 42) tritt eine rechtliche Verhinderung ein. Das über die Ablehnung entscheidende höhere Gericht kann mit der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch die Bestimmung des zuständigen Gerichts ohne besonderes Gesuch verbinden (Mot. S. 71, R. E. § 31). Ein Amtsgericht ist erst dann verhindert, wenn sämmtliche Amtsrichter desselben und auch die bei demselben Amtsgericht oder einem benachbarten Amtsgericht durch die Justizverwaltung bestellten Vertreter verhindert sind (s. Allg. Verf. d. preuß. Just.-Min. v. 10. Sept. 1879, JMBl. S. 340). Die Vertretung von Amtsrichtern durch Richter benachbarter Amtsgerichte erstreckt sich aber nach d. preuß. AG. z. GVG. § 24 nicht auf den Fall der rechtlichen Verhinderung. — Ein Beispiel thatsächlicher Verhinderung enthält § 222.

4) Nr. 2: ein Streit über die Grenzen (R. E. § 69 Nr. 2) ist nicht nothwendig. Es gehören hierher vielmehr nach den Mot. alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf die thatsächlichen Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde sowohl vom Gemeindehause aus als aus der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird (§ 19) und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, oder wenn eine unerlaubte Handlung (§ 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt. Fälle rechtlicher Ungewißheit fallen dagegen nicht unter Nr. 2 (vgl. Wach I S. 495 ff., der auch die obigen Fälle für unzutreffend erklärt). Vgl. auch § 756 Abs. 1.

5) Nr. 3: Das gemeinrechtliche forum continentiae causarum ex identitate fundamenti agendi personali (Wetzell S. 464) im Gegensatz von Nr. 4: ex identitate—reali. Vgl. §§ 56, 57. Beispiel: wenn Hauptschuldner und Bürge in derselben Klage beklagt werden (RG. VIII S. 367). Voraussetzung ist, daß weder als allgemeiner, noch als besonderer Gerichtsstand ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand (s. z. B. § 566 Abs. 2) besteht (vgl. Nordd. Prot. S. 66, 67); die Fassung ist nicht ganz deutlich (s. Petersen § 36 Nr. 4). Nach manchen Gesetzen hatte Kläger das Wahlrecht.

6) Nr. 4: — „die Sache“ — d. h. eine und dieselbe unbewegliche Sache, nicht etwa Sache und Nebensache oder mehrere Sachen bei objektiver Klagenhäufung (Nordd. Prot. S. 67, Wach I S. 496). Auch in diesem Falle hat Kläger kein Wahlrecht.

7) Nr. 5: Der Fall des positiven Kompetenzkonflikts. Ein solcher kann namentlich bei den jud. duplicia vorkommen, aber auch bei Feststellungsklagen (§ 231), negatorischen und konfessorischen Klagen (Hellmann I S. 158). Ist wirklich Einheit des Rechtsstreits vorhanden, so kommt es nicht darauf an, ob nur eines von beiden Gerichten wirklich zuständig ist, seine Zuständigkeit die des andern also ausschließt. Anträge auf Streichung, event. Einschiebung von „deren Zuständigkeit einander ausschließt“ hinter „Gerichte“, weil Nr. 5 nicht recht verständlich sei und den Grundsätzen über res judicata nicht entspreche, sind von der RTK. abgelehnt. Dagegen ist es nothwendig, daß die (formell rechtskräftige) Entscheidung sich nur auf die Zuständigkeitsfrage (Verwerfung des Inkompetenzeinwandes) erstreckt. (Vgl. auch Endemann I S. 288, Sarwey I S. 82, Gaupp I S. 120, Wilm. Levy Anm. 5, Wach I S. 497 u. A.) Auf den Grund der Entscheidung kommt es aber nicht an. — Ueber Kompetenzkonflikte der Gerichte mit anderen Behörden s. EG. z. CPO. § 15 Nr. 1, GVG. § 17 u. EG. z. GVG. § 17.

8) Nr. 6: Hier liegt ein Bedürfniß zur Bestimmung des zuständigen Gerichts nur dann vor, wenn eine der ergangenen Entscheidungen nothwendig unrichtig ist. Nur in diesem Falle besteht ein wahrer negativer Kompetenzkonflikt. Kläger muß also darthun, daß das eine oder das andere Gericht zuständig ist. (Vgl. auch Sarwey I S. 82, Petersen § 36 Nr. 7. A. M. Endemann I S. 289.) Im Uebrigen ist auch hier Einheit des Rechtsstreits und rechts-

§ 37. Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

N. Entw. §§ 71, 72. Entw. I. § 36. Entw. II. § 37. Entw. III. § 37. Mot. S. 64, 65. Prot. S. 12.

Dritter Titel. **Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.**

§ 38. Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

N. Entw. §§ 76, 77. Entw. I. § 37. Entw. II. § 38. Entw. III. § 38. Mot. S. 65—68. Prot. S. 13, 508, 509.

---

kräftiger Ausspruch (also Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit — durch Endurtheil) Bedingung. „Gerichte" sind, wie in Nr. 5, so auch hier nur die ordentlichen (GVG. § 12).

9) In den Fällen der Nr. 5 und 6 ist, obwohl § 36 in dem Titel vom Gerichtsstand steht, doch bei der allgemeinen Fassung und der gleichen ratio legis die Anwendbarkeit auch bei sachlicher Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit anzunehmen, während die Fälle Nr. 1—4 der Natur der Sache nach nur die örtliche Zuständigkeit betreffen. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 36 Nr. 6 u. 7, Wach I S. 497. A. M. Endemann I S. 285 Anm. 1, 288 Anm. 13, Sarwey I S. 81, 82, A. Förster Anm. 4 zu Nr. 5, 6, Wieding im Rechtslexikon III S. 1475). Vgl. auch § 11 Anm. 1.

10) Nr. 1—4 haben in d. preuß. AG. z. GVG. § 20 für die dadurch den ordentlichen Gerichten überwiesenen Angelegenheiten entsprechende Anwendung gefunden; an Stelle des Reichsgerichts (s. oben Anm. 2) tritt jedoch der Justizminister.

§ 37.

1) Abs. 1: „Gesuch" im Gegensatz eines — nothwendig in der mündlichen Verhandlung zu erledigenden — „Antrags". Die Terminologie ist indessen nicht immer festgehalten (s. § 593 Anm. 2; vgl. Fitting in Busch Zeitschr. VII S. 229 ff.). Ueber die Form des Gesuchs ist nichts bestimmt; der Anwaltszwang gilt hier nicht, da das Gesuch sich nicht an das Prozeßgericht wendet; dasselbe kann somit schriftlich eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden (§§ 44 Anm. 1, 98, 109, 225, Hellmann I S. 161, Endemann I S. 289, Gaupp I S. 121, jetzt auch Seuffert Anm. 1 ꝛc. A. M.: Sarwey I S. 83, Petersen § 37 Anm.).

— „kann — — — erfolgen" — vgl. §§ 119 Anm. 4b, 124 Anm. 4.

Das Verfahren ist gebührenfrei — s. GKG. § 47 Nr. 3. Der Anwalt kann jedoch Gebühren fordern (GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6). Wegen Erstattung dieser Kosten s. § 87.

2) Der Antrag, hinzuzufügen „vor der Entscheidung ist der Gegner zu hören", ist von der RIK. abgelehnt, nachdem bemerkt worden war, daß Fälle denkbar seien, in denen diese Anhörung entbehrlich sei. Die Anhörung des Gegners oder eines betheiligten Gegners (Norbd. Prot. S. 69) unterliegt somit dem Ermessen des angerufenen Gerichts. Vgl. § 119 Anm. 4b.

3) Abs. 2: Die Bestimmung bildet eine unabänderliche Norm für den späteren Prozeß bei dem bestimmten Gericht, welche dieses und die übergeordneten Gerichte respektiren müssen (Norbd. Prot. S. 69). Hiermit ist auch die Anfechtung durch Berufung bzw. Revision wegen Mangels der Voraussetzungen des § 36 (Sarwey I S. 83) nicht vereinbar. (S. auch RG. in Seuffert Arch. 40 Nr. 240.) Die Zurückweisung des Gesuchs unterliegt der Beschwerde (§ 530; Fitting a. a. O. S. 252).

Dritter Titel.

1) Die CPO. läßt dem Parteiwillen der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung gegenüber, welche an sich auch von Amtswegen zur Geltung zu bringen ist (vgl. S. 1 Anm. 1) einen bedeutend weiteren Spielraum als das gemeine und das preußische Recht (s. L. 14 D. de jurisd.,

Wetzell S. 481 ff., Renaud S. 103 ff., AGO. I 2 §§ 160 ff.). Die Zulässigkeit der „Vereinbarung über die Zuständigkeit" („prorogatio fori") bezieht sich sowohl auf die sachliche als auf die örtliche Unzuständigkeit, und zwar auch in den Fällen des GVG. § 23 Nr. 2 (RG. IX S. 349). Der vertragsmäßige (gewillkürte) Gerichtsstand wird eben deshalb hier in besonderem Titel behandelt. Das Vertragsprinzip ist hier und in Uebereinstimmung mit dem Texte in den Mot. so deutlich ausgedrückt, daß dem gegenüber die Konsequenzen des allerdings nebenher wirksamen Präklusionsprinzips, welchem eine größere innere Berechtigung nicht abzusprechen ist, zurücktreten müssen. [Die Frage hat bereits eine umfassende Literatur, vorzugsweise in Anknüpfung an § 39, hervorgerufen. Lediglich das Präklusionsprinzip liegt dem Tit. 3 zu Grunde nach der älteren Ansicht von Wach: d. Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes, im civ. Arch. 62 S. 273 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 703 ff. sowie nach Bülow: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, im civ. Arch. 62 S. 41 ff., Just das. 68 S. 276 ff., Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 391 ff. u. Seuffert § 39 Anm. 2. Im Resultate übereinstimmend ist Fitting im civ. Arch. 63 S. 222 ff. u. in Busch, Zeitschr. VI S. 278 ff., 339 ff.; jedoch rügt nach ihm der Gebrauch der sog. Einrede der Unzuständigkeit nicht die vorhandene Unzuständigkeit, sondern befreit von der an sich vorhandenen Zuständigkeit (vgl. oben S. 1 Anm. 2). Für das Vereinbarungsprinzip treten neben den anderen Kommentatoren (s. z. B. Endemann I S. 291, Gaupp II S. 188, Wilm. Levy § 39 Anm. 1, A. Förster S. 68 ff. rc.) ein: Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 245 ff., Renaud das. V S. 1 ff., bes. 13 ff., 83 ff.; Francke das. S. 463 ff., Hellmann, Lehrb. S. 126, Birkmeyer: das gegenseitige Verhältniß der §§ 38 ff. u. § 247 Z. 1 u. Abs. 3 der RCPO. Rostock 1881. S. 38 ff. u. in Busch, Zeitschr. V S. 124 ff. (hauptsächlich gegen v. Amsberg u. Leonhard — s. § 39 Anm. 2; nach Birkmeyer hat das Gericht im Falle des § 39, obgleich unzuständig bleibend, doch ausnahmsweise aus prozessualischen Zweckmäßigkeitsrücksichten den anhängig gewordenen Rechtsstreit zu erledigen) und jetzt auch Wach I S. 501 ff., bes. Anm. 29. Vgl. auch RG. I S. 438, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 412 ff., III S. 451 u. § 39 Anm. 1, 2.]

2) Die Prorogation findet nur entweder vor Beginn des Rechtsstreits (§ 38 Anm. 1) oder während der ersten Instanz und stets für diese statt. Vgl. EG. z. CPO. § 7 Anm. 3. Auch kann nicht auf ein Gericht höherer Instanz (Oberlandesgericht oder Reichsgericht) prorogirt werden.

3) Die Einwilligung des zuständigen wie des an sich unzuständigen Gerichts ist nicht erforderlich (selbst nicht bei Prorogationen von Ausländern auf ein inländisches Gericht). Entgegengesetzte Anträge sind von der RTK. in beiden Lesungen abgelehnt. Auf das Verhältniß der einzelnen Gerichtsabtheilungen zu einander sind die Bestimmungen dieses Titels jedoch nicht anwendbar. Vgl. hinsichtlich der Kammern f. Handelssachen GVG. §§ 103 Abs. 2, 104 Abs. 4, 105 Abs. 2.

§ 38.

1) Eine besondere Form der „ausdrücklichen" Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben. Letztere kann daher z. B. in den vorbereitenden Schriftsätzen (Wach im civ. Arch. 62 S. 391) und sogar (ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht) mündlich getroffen werden (anders § 853). (Vgl. auch Dernburg, I S. 323 Anm. 2.) Eine „stillschweigende" Vereinbarung kann aus jeder konkludenten Handlung gefolgert werden. Die sonstigen Erfordernisse einer gültigen Vereinbarung bestimmen sich nach dem bürgerlichen Recht. Dasselbe entscheidet insbesondere auch über die Anfechtbarkeit wegen Irrthums (vgl. Just im civ. Arch. 68 S. 279).

Nach der allgemeinen Fassung des § 38 in Verbindung mit § 40 kann die Vereinbarung auch außergerichtlich, und zwar schon vor jedem Rechtsstreit, erfolgen; ja bei der ausdrücklichen wird dies sogar regelmäßig der Fall sein (vgl. Bülow, Disposit. Civilprozeßrecht. S. 68 Anm. 41, Wach im civ. Arch. 64 S. 219 Anm. 9, Petersen §§ 38, 39 Anm. 2).

Auch bei der Widerklage kann ein Gerichtsstand durch stillschweigende Vereinbarung begründet werden. (So OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 334.) Dasselbe gilt von der Erweiterung des Klaganspruchs (§§ 240 Nr. 2, 3; 253, Seuffert § 39 Anm. 6).

§ 39. Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

N. Entw. § 76. Entw. I. § 38. Entw. II. § 39. Entw. III. § 39. Mot. S. 65–68. Prot. S. 13.

---

2) — „der Parteien" — d. h. des Klägers und des Beklagten.

„Daß die Prorogation auch für Nebenintervenienten und Litisdenunziaten bindend ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Diese Personen sind Nebenpersonen im Prozesse; ein Recht auf Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gericht steht ihnen nicht zu" (Mot. S. 68).

3) Der gewillkürte Gerichtsstand ist nicht nothwendig ein ausschließlicher. Die Ausschließlichkeit desselben unterliegt freier Vereinbarung.

„Eine Bestimmung über das domicile élu war nicht erforderlich, da die Vorschriften des französischen Rechts über die Wahl eines Wohnsitzes pour l'exécution d'un acte in die umfassenderen Bestimmungen des § 38 aufgehen, insbesondere diese Bestimmungen auch der Vereinbarung nicht entgegenstehen, daß der prorogirte Gerichtsstand ein ausschließlicher sein solle." (Mot.)

Vgl. EG. z. CPO. § 15 Nr. 5. — Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so schließt die Prorogation die Befugniß des Klägers nicht aus, trotzdem den an sich zuständigen Richter anzugehen. (Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 293 Anm. 54 u. Hellmann, Lehrb. S. 127 legen mit Unrecht der Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts prozessualische Wirkung überhaupt nicht bei.) Indessen ist jene stärkere Bedeutung der Vereinbarung im Zweifel doch als gewollt anzusehen. (So auch Westerburg in Gruchot, Beitr. XXI S. 591, XXV S. 65 Anm. 33, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 4. Wenigstens als Regel geben dieselbe zu Wilm. Levy Anm. 2, Dernburg a. a. O. A. M. Gaupp I S. 125, Wach I S. 504 Anm. 36.)

§ 39.

1) § 39 behandelt einen Hauptfall der stillschweigenden Vereinbarung. Als solche gilt es („ist anzunehmen" — eine sog. praesumtio juris et de jure), wenn der Beklagte zur Hauptsache (s. § 243 Anm. 4) ohne Widerspruch gegen die Kompetenz mündlich verhandelt (§§ 247, 465 Anm. 1, 467 Anm. 2, 471 Anm. 5). Wegen der Wirkung des Antrags des Beklagten auf Erlaß des Versäumnißurtheils (§ 295) s. § 307 Anm. 1. § 39 wird jedoch durch § 247 ergänzt und näher bestimmt; die Ausnahme des § 247 Abs. 3 schützt daher auch gegen jene Annahme (s. Wach im civ. Arch. 62 S. 382, Endemann I S. 294, Gaupp I S. 127 u. II S. 62, Wilm. Levy Anm. 1, Fitting im civ. Arch. 63 S. 227, v. Amsberg das. 65 S. 94, 95, Just das. 68 S. 271 ff., Birkmeyer a. a. O. S. 9, Leonhard in Busch, Zeitschr. IV S. 403, 404, Francke das. V S. 470, 471 u. A. A.M.: Seuffert § 247 Anm. 11, Bülow, Civilpr. Fikt. S. 42 Anm. 38, 39, Petersen S. 66, 415 u. in Busch, Zeitschr. III S. 250 u. jetzt auch Wach I S. 507 [als Konsequenz der Fiktion]. S. auch §§ 3 Anm. 1, 465 Anm. 2).

2) Dagegen ist aus dem Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Beklagten im Verhandlungstermine (s. § 298, v. Amsberg a. a. O. S. 100) nicht auf eine stillschweigende Vereinbarung zu schließen. In diesem Falle, welchen § 39 gar nicht berührt, hat sich der inkompetente Richter vielmehr von Amtswegen für unzuständig zu erklären (§§ 296, 298). [Nur die Einreden bezw. neue Thatsachen sind nach §§ 247, 296 präkludirt.] [So auch RG. I S. 438, II S. 409, in eingehender, namentlich auch rechtsgeschichtlicher Begründung v. Amsberg a.a.O. S.58ff., Petersen S.66 sowie in Busch, Zeitschr. II S.190ff., III S.251ff., Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 1, Wieding im Rechtslex. III S. 1473, Birkmeyer a. a. O. S.67 ff., [dessen Gründen aber nicht beizupflichten ist], u. in Busch, Zeitschr. V S.124 ff., Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 32, Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 391 ff., Leonhard a. a. O. S. 403 ff. [vorzugsweise gegen Birkmeyer], Renaud in Busch, Zeitschr. V S. 42 f., Vierhaus das. S. 70 ff., Francke das. S. 471 ff., Just a. a. O. S. 292 ff. (gegen Birkmeyer S. 304 ff.), jetzt auch Wach I S. 507 nach Aufgabe des Präklusionsprinzips u. A. A. M. Wach im civ. Arch. 62 S. 386 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 703 ff. (zustimmend auch Fitting

§ 40. Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

N. Entw. §§ 76, 78. Entw. I. § 39. Entw. II. § 40. Entw. III. § 40. Mot. S. 65—68. Prot. S. 13.

---

im civ. Arch. 63 S. 229 ff. u. in Busch, Zeitschr. VI S. 253 ff., [dagegen wieder Birkmeyer das. VII S. 474 Anm. 409, 487 ff.], Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 258 Anm. 4, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 178 Anm. 138, John, Strafprozeßordnung. Erlangen 1881. S. 201 Anm. 11) auf Grund des Präklusions-Princips — s. die Vorbem. 1 zu Tit. 3 — womit jedoch die Hervorhebung der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache in § 39 praktisch bedeutungslos und schwer vereinbar, ja § 39 überhaupt entbehrlich würde (vgl. v. Amsberg a. a. O. S. 77).]

Unvereinbar mit der bestimmten Fassung des § 39 ist die Ansicht Renaud's a. a. O. S. 38 ff., daß § 39 unanwendbar sei, wenn sich aus der Klage ergiebt, daß der Kläger das an sich unzuständige Gericht wegen irrthümlicher Voraussetzung der gesetzlichen Zuständigkeit gewählt, oder wenn der Beklagte beim Eintritt in die mündliche Verhandlung ausdrücklich erklärt habe, er halte dasselbe für ein an sich zuständiges (vgl. dagegen Fitting in Busch, Zeitschr. VI S. 270 ff.; s. auch Hellmann, Lehrb. S. 126, Wach I S. 506 ff.).

3) Erfolgt die Abweisung wegen Unzuständigkeit nicht, so muß der Beklagte gegen das verurtheilende Erkenntniß rechtzeitig den Einspruch (bezw. die Berufung — § 474) einlegen, widrigenfalls das Urtheil in Rechtskraft übergeht. Ist der Einwand der Unzuständigkeit ohne Erfolg erhoben oder schuldlos versäumt, so kann darauf die Berufung bezw. Revision gegründet werden (§§ 490, 513 Nr. 4, 529).

Wegen der Kosten im Falle erfolgreichen Einspruchs s. § 309 Anm. 2, Wach in Gruchot, Beitr. XXIV S. 719. Ueber die Höhe der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2, GO. f. RA. § 20.

§ 40.

1) § 40 bezeichnet die Fälle, in welchen die Prorogation unzulässig bezw. unwirksam ist. Abs. 1 verlangt eine gewisse Spezialität der Vereinbarung. Ein Vertrag z. B., wonach für alle Rechtsstreitigkeiten der Kontrahenten ein Gerichtsstand bestimmt wird, ist ungültig. Nicht nothwendig ist dagegen, daß die Vereinbarung sich nur auf den vorliegenden Rechtsstreit erstreckt. Es genügt vielmehr auch eine allgemeine, den Erfordernissen des Abs. 1 entsprechende Vereinbarung, z. B. in den Statuten einer Gesellschaft (Nordd. Prot. S. 73). Vgl. §§ 19 Abs. 3, 852, Markenschutzgesetz v. 30. Nov. 1874 § 20 Nr. 1 (RG. X S. 62).

Andrerseits ist die Ausschließung einer ganzen Gattung von Gerichten bezw. Gerichtsabtheilungen, z. B. der Amtsgerichte, der Kammern für Handelssachen, nicht unbedingt unzulässig (vgl. ROHG. 23 S. 265).

2) Abs. 2: nur in den Fällen, wo mehr oder weniger ein öffentliches Interesse obwaltet, ist die Prorogation ausgeschlossen.

— „andere als vermögensrechtliche Ansprüche" — vgl. § 21 Anm. 2.

— „ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet" — d. h. durch Gesetz, nicht durch Vertrag, und zwar entweder örtlich, z. B. § 25 (vgl. § 12 Anm. 1) oder sachlich (GVG. § 70 Anm. 2) oder beides zugleich (§§ 568, 594, 606, 617, 620, 621, 624—626, 629, 684, 707, 729, 755, 799, 815 ꝛc.). In dem ersten Falle kann aber in sachlicher, in dem zweiten in örtlicher Beziehung prorogirt werden; das „wenn" bedeutet hier: „insoweit" (vgl. z. B. § 765 Anm. 5, A. Förster Anm. 2b, Uebel I S. 44 u. A.).

3) In den Fällen des § 40 hat sich das Gericht von Amtswegen für unzuständig zu erklären. Vgl. aber § 253 Anm. 2. Wegen der Gebühren s. § 39 Anm. a. E.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 41. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:
1. in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
2. in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4. in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

Vierter Titel.

1) Von der Fähigkeit zum Richteramte an sich und der Ernennung der Richter handelt GVG. Tit. 1. Sind diese Vorschriften verletzt, so ist die Revision bezw. Nichtigkeitsklage begründet (CPO. §§ 513 Nr. 1, 542 Nr. 1). Für die Geltendmachung des auch in diesen Fällen selbstverständlich jeder Partei zustehenden Ablehnungsrechts sind die §§ 44 ff. entsprechend anzuwenden. (So auch Wilm. Levy S. 71, Wach I S. 334 Anm. 5. A. M. Seuffert Allg. Bem. z. Tit. 4.) Wegen des Falles, wenn eine zum Richteramt überhaupt nicht berufene Person das Urtheil erlassen hat, s. § 542 Anm. 4.

2) Der vierte Titel behandelt nur die relative Behinderung (aus dem Verhältnisse zu der konkreten Sache nach ihrer subjektiven oder objektiven Seite) und unterscheidet zwischen wirklicher Unfähigkeit oder Ausschließung kraft Gesetzes (judex inhabilis) und bloßer Ablehnbarkeit (Rekusabilität — judex suspectus; § 42 Abs. 2). Die Bedeutung des Unterschiedes liegt in der Wirkung. (Vgl. §§ 41 Anm. 1, 42 Anm. 1, 43, 48 Anm. 1.) Das Verfahren für beide Fälle ordnen die §§ 44—48. (Vgl. Hellmann, Lehrb. S. 180 ff.)

In ähnlicher Weise ist die Lehre in der Str.PO. §§ 22—32 geregelt.

3) Die Vorschriften der §§ 41—48 gelten auch für die Gerichtsschreiber (§ 49) und Handelsrichter (GVG. § 116). Auch ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden (CPO. § 858 Abs. 1).

Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft (§§ 569, 589, 595, 616) gewährt die CPO. den Parteien kein Ablehnungsrecht.

> „Die Organisation der Staatsanwaltschaft gestattet, daß in den Fällen, wo im Civilprozesse deren Mitwirkung erfordert wird, von Amtswegen oder auf Antrag der Partei oder des betreffenden Beamten mit den Funktionen des Staatsanwalts ein völlig unbetheiligter Beamter betraut wird, ohne daß es eines förmlichen Verfahrens hierfür bedarf (Bayer. PO. Art. 53, HG. § 441)." (Mot. S. 73.)

Wegen der Gerichtsvollzieher vgl. GVG. § 156.

Ueber die Ablehnung von Sachverständigen s. CPO. § 371; von Dolmetschern: GVG. § 193.

§ 41.

1) — „kraft Gesetzes ausgeschlossen" — d. h. der Richter ist aus öffentlichen Rücksichten (auf das Ansehn der Justiz) nicht befugt, in dem betreffenden Falle sein Amt auszuüben; er hat sich der Theilnahme zu enthalten ohne Rücksicht darauf, ob er von einer der Parteien abgelehnt worden ist oder nicht. Eine Entscheidung des Gerichts ist in dem letzteren Falle nur erforderlich, wenn Zweifel darüber entstehen, ob die Voraussetzungen der Ausschließung

5. in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
6. in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

N. Entw. §§ 22, 23. Entw. I. § 40. Entw. II. § 41. Entw. III. § 41. Mot. S. 68—70. Prot. S. 13, 509.

---

vorliegen (§ 48), und beschränkt sich auf Lösung dieser Zweifel. Die Ablehnung wegen Ausschließung kann in jedem Stadium des Prozesses erfolgen (anders wegen Besorgniß der Befangenheit — § 43). Das Verfahren, bei welchem ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, ist an sich nicht ungültig. (So auch fast alle Komm. A. M. Wach I S. 335 Anm. 7, Hellmann, Lehrb. S. 182.) Dagegen ist die Entscheidung durch Rechtsmittel einschließlich der Revision anfechtbar (§ 513 Nr. 2) und unterliegt der Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 2).

— „in Sachen" — mit Rücksicht auf den gleichen Ausdruck unter Nr. 1—6 (vgl. besonders Nr. 4—6) gleichbedeutend mit „im Prozesse", so daß Vorprozesse, welche denselben Prozeßgegenstand betreffen — insbesondere bei Nr. 4 — nicht hierher gehören (A. M. Wach I S. 337 Anm. 14).

2) Die Abgrenzung der Ausschließungsfälle ist mehr oder weniger positiv. (Der N. E. zog die Fälle unter Nr. 5, 6, zum Theil auch 4 zur Ablehnung.) Auf die Wissenschaft des Richters um den Ausschließungsgrund kommt es nicht an.

3) Nr. 1: — „selbst Partei" — Haupt- oder Nebenpartei. Die bloße Streitverkündung (§ 69) ohne Beitritt (§ 71) genügt nicht (vgl. Petersen § 41 II 1).

„Mitberechtigten, Mitverpflichteten" — z. B. als Bürge, Mitglied der beklagten Genossenschaft (s. Ges. v. 4. Juli 1868 § 11) u. s. w. Indessen sind jene Begriffe im engeren Sinne zu verstehen. Mittelbares Interesse, z. B. Mitbetheiligung als Aktionär, falls es sich nicht um Individualrechte der Aktionäre handelt (s. ROHG. 15 S. 340, 18 S. 170), oder als Gemeindemitglied, kann nur nach § 42 als Ablehnungsgrund in Betracht kommen (Nordd. Prot. S. 98). Dahin gehört auch die Mitgliedschaft einer beklagten Versorgungsanstalt (Verein) (RG. VII S. 311). Ein Antrag, die Ausschließung auf Sachen einer Person auszudehnen, deren Gläubiger, Schuldner oder präsumtiver Erbe der Richter ist, wurde von der RTK. abgelehnt.

Daß der Richter in den hier bezeichneten Verhältnissen zu beiden Parteien steht, wendet die Ausschließung nicht ab.

4) Nr. 2: „Ehefrau" — auch die geschiedene (abweichend von § 17). Das Verlobten-Verhältniß (§§ 348 Nr. 1, 349) kommt nur als Ablehnungsgrund in Betracht.

5) Nr. 3: Die Berechnung der Nähe der Verwandtschaft rc. erfolgt nach den Regeln des bürgerlichen Rechts (z. B. Preuß. ALR. I 1 § 45).

— „bis zum" — d. h. einschließlich dieser Grade.

6) Nr. 4: Der gewesene und der gegenwärtige Prozeßbevollmächtigte (§§ 74—85), Beistand (§ 86) oder gesetzliche Vertreter (§ 50) in derselben Sache; handelt es sich nur um einen Vorprozeß, so ist das Verhältniß nur Ablehnungsgrund. Vgl. Anm. 1 a. E.

7) Nr. 5: — „vernommen ist" — Der bloße Vorschlag genügt nicht. Der Richter kann also in die Lage kommen, über seine eigene Vernehmung zu beschließen (Prot. S. 771). Ist er aber vernommen, so ist es unerheblich, ob die Benennung etwa nur zum Zwecke der Ablehnung bewirkt ist. Ein Antrag, in diesem Falle die Unfähigkeit auszuschließen, ist von der RTK. abgelehnt.

8) Nr. 6: — „bei der Erlassung" — also als Richter, nicht als Gerichtsschreiber (vgl. §§ 286, 287) oder Staatsanwalt. [Zustimmend Wilm. Levy Anm. 7, Petersen § 41 II 4. A. M. Puchelt I S. 208.]

§ 42. Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

N. Entw. §§ 23, 24. Entw. I. § 41. Entw. II. § 42. Entw. III. § 42. Mot. S. 70, 71. Prot. S. 13.

§. 43. Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

N. Entw. § 25. Entw. I. § 42. Entw. II. § 43. Entw. III. § 43. Mot. S. 70, 71. Prot. S. 43.

— „der angefochtenen Entscheidung" — d. h. durch Rechtsmittel, also nicht durch Einspruch (§ 303 Anm. 3). Auf die Mitwirkung bei anderen richterlichen Handlungen, z. B. der Beweisaufnahme, oder bei anderen Entscheidungen, z. B. der (rechtskräftigen) Zurückverweisung (§§ 500, 528), oder auf Arrestanträge bzw. der Entscheidung, gegen welche die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage gerichtet ist, kommt es nicht an; anders, wenn die Entscheidung, an welcher der Richter theilgenommen, als „Zwischenurtheil" zugleich mit dem Endurtheil angefochten ist (vgl. §§ 473, 510).

— „sofern — handelt" — Dieser Thätigkeit steht die frühere Mitwirkung nicht entgegen und umgekehrt.

— „beauftragten oder ersuchten Richters" — vgl. § 151 Anm. 2.

Daß der Richter die angefochtene oder der Auslegung nach streitige Urkunde aufgenommen hat, ist nicht (wie nach der Bayer. PO. Art. 40 Nr. 6) Ausschließungsgrund, sondern kann nur als Ablehnungsgrund dienen (Norbd. Prot. S. 103, 104).

§ 42.

1) Schließt der Richter in den Fällen des § 41 sich nicht selbst aus, so kann jede Partei ihn ablehnen. Außerdem aber ist es ein Parteien-Recht, „wegen Besorgniß der Befangenheit" den Richter abzulehnen. Die CPO. beschränkt sich auf den Ausdruck dieses in Abs. 2 noch näher definirten Prinzips, ohne (mit dem N. E. § 23 ꝛc. — z. B. das Ertheilen eines Raths oder Gutachtens in der Sache ꝛc.) einzelne Fälle beispielsweise aufzuzählen. Vgl. § 513 Nr. 2, 3. Die Ablehnung ist keine „prozeßhindernde Einrede", als welche sie von Puchelt II S. 37 und Bolgiano S. 49 bezeichnet wird (s. §§ 45, 46, 247 Anm. 3, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 75).

2) Abs. 2: Die Theilnahme an dem Erlaß eines dieselbe Frage betreffenden Erkenntnisses in einem anderen Rechtsstreite gehört nicht hierher (vgl. Seuffert Arch. 36 Nr. 299); ebenso wenig die Betheiligung an der beklagten Sparkasse bezw. Versorgungsanstalt mit Einlagen (RG. VII S. 312).

3) Abs. 3 will besagen: Ob der Ablehnungsgrund gegenüber der ablehnenden oder gegenüber der anderen Partei obwaltet, ist gleichgültig.

4) Auch der Nebenintervenient darf ablehnen, sofern der Hauptpartei dieses Recht nicht bereits nach § 43 verloren gegangen ist (A. M. A. Förster Anm. 3) oder dieselbe widerspricht (s. Petersen § 42 II, v. Sarwey I S. 90, Gaupp I S. 138, Seuffert Anm. 2. u. A. A. M. Hellmann I S. 176).

§ 43.

Das Parteirecht, den Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen, ist verzichtbar und geht daher auch durch Versäumung im Prozesse verloren. Ist der Ablehnungs-

§ 44. Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniß des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

N. Entw. §§ 26, 27. Entw. I. § 43. Entw. II. § 44. Entw. III. § 44. Mot. S. 71. Prot. S. 13, 14, 510.

---

grund nicht rechtzeitig geltend gemacht, so muß später die Entschuldbarkeit der Versäumung glaubhaft gemacht werden (§ 44 Abs. 4). Die Revision und die Nichtigkeitsklage gegen die Sachentscheidung auf Grund der Theilnahme eines wegen Besorgniß der Befangenheit ablehnbaren Richters an der Entscheidung finden nur statt, wenn die Ablehnung erfolgt und für begründet erklärt war (§§ 46 Abs. 2, 513 Nr. 3, 542 Nr. 3).

2) — „in eine Verhandlung" — wenngleich nicht zur Hauptsache (wie im Falle des § 39), sondern unter Geltendmachung prozeßhindernder Einreden (§ 247). (Vgl. auch GVG. § 106 Anm. 1, Petersen §§ 43—46 Nr. 1 sowie in Busch, Zeitschr. II S. 167 ff.)'

— „sich eingelassen" — sei es als Beklagter oder als Kläger (A. M. Hellmann I S. 177). Der striktere Sinn der Streiteinlassung (Litiskontestation; vgl. § 230) ist hier mit dem Ausdruck nicht verknüpft (s. Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 47). Vgl. § 44 Abs. 4.

„Anträge gestellt" — ohne Unterschied des Gegenstandes; auch ein bloßer Vertagungsantrag gehört hierher. (So: Hellmann I S. 177, Sarwey I S. 90, Gaupp I S. 140, Seuffert Anm. 2a, Wilm. Levy Anm. 3, Wach I S. 343 ff., A. Förster a. a. O. u. A. A. M. Petersen S. 77 und in Busch, Zeitschr. II S. 169, Kleiner I S. 255, Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 229 ff., namentlich S. 253 ff., welcher zwar in § 43 den Ausdruck „Anträge" in weitester, die „Gesuche" einschließender Bedeutung nimmt, aber gleichwohl den Vertagungsantrag ausschließen will, weil in dessen Stellung kein positiver Ausdruck des Vertrauens zu dem Richter liege.)

Die bloße Zustellung der Klage oder die Einreichung einer Klagebeantwortung wirken hier noch nicht präklusiv (A. M. Uebel I S. 51). Auch die bloße Einreichung der Klage beim Amtsgericht (§ 457) kann noch nicht als Antrag gelten und ebensowenig die Einreichung beim Gerichtsschreiber zur Terminsbestimmung im Anwaltsprozesse (§ 193). Es ist ein Antrag in der mündlichen Verhandlung gemeint (vgl. § 37 Anm. 1). (So Sarwey I S. 91, Gaupp I S. 139, Wilm. Levy Anm. 3, Wach I S. 341 ff., der mit Recht die hier zu machende Unterscheidung zwischen „Gericht" und „Richter" hervorhebt. A. M. Puchelt I S. 210.)

§ 44.

1) Das Verfahren — „eine dem Verwaltungsverfahren innerlich verwandte Prozedur" (Wach I S. 340) — beginnt mit einem „Gesuche" der Partei (s. § 37 Anm. 1), welches auch in Anwaltsprozessen (§ 74) schriftlich bei Gericht eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann. Vgl. GVG. § 154.

2) Auf die nach Abs. 2 erforderliche Glaubhaftmachung des Ablehnungsgrundes finden die allgemeinen Vorschriften des § 266 Anwendung; indessen ist der Eid gänzlich ausgeschlossen. Auch der auf den Kalumnieneid zurückzuführende sog. Perhorrescenzeid (Wetzell S. 422) ist abgeschafft. Dagegen ist die Glaubhaftmachung dadurch (von der RTK. auf Antrag der Abg. Wolffson und Genossen) erleichtert, daß sie auch durch Bezugnahme auf das Zeugniß des

§ 45. Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

N. Entw. §§ 28, 29. Entw. I. § 44. Entw. II. § 45. Entw. III. § 45. Mot. S. 71. Prot. S. 13, 14.

§ 46. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Richters [„Zeugniß" nicht im technischen Sinne, sondern als „dienstliche Erklärung" zu verstehen — vgl. Prot. z. StrPO. S. 1129, 1130] erfolgen kann und dieser stets, auch ohne solche Bezugnahme, zur dienstlichen Aeußerung verpflichtet ist. Vgl. StrPO. § 26.

3) Bei der nach Abs. 4 erforderlichen Glaubhaftmachung ist die eidliche Versicherung der Partei als Mittel nicht ausgeschlossen (Nordd. Prot. S. 2328, Mot. S. 71).

§ 45.

1) Abs. 1: — „das Gericht — angehört" — d. h. die Kammer bzw. der Senat, welcher in der Sache zu entscheiden hat.

— „wenn dasselbe — beschlußunfähig wird" — Dies ist nicht der Fall, so lange noch ein Vertreter (wenngleich unter den Mitgliedern anderer Kammern, z. B. der Strafkammern, oder sogar anderer Gerichte) vorhanden ist (vgl. GVG. §§ 22 Anm. 4, 62, 65—67, 69).

— „das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht" — d. h. dasjenige Gericht, welches nach den Bestimmungen über die Rechtsmittel zunächst in höherer Instanz zu entscheiden hat. Vgl. § 36 Anm. 2.

2) Abs. 2: Der Amtsrichter (§ 44 Abs. 1) hat das Gesuch dem Landgericht zur Entscheidung vorzulegen, sofern er dasselbe nicht für begründet hält (Anm. 3). Daß das Landgericht entscheidet, ist eine Konsequenz des im Abs. 1 aufgestellten Prinzips.

> „Denn das Amtsgericht wird durch die Ablehnung des Amtsrichters stets beschlußunfähig, auch wenn es mit mehreren Richtern besetzt ist, da die Amtsrichter prinzipiell als Einzelrichter handeln" (Mot. S. 71).

Das Landgericht hat, auch wenn eine Entscheidung nicht erforderlich ist (Anm. 3), das zuständige Gericht zu bestimmen, wenn nicht ein Stellvertreter bei demselben Amtsgericht vorhanden ist, welchem die Verhandlung des Rechtsstreits ohne Weiteres überlassen werden darf. Vgl. § 46 Anm. 2. (So auch Gaupp I S. 144, Petersen §§ 43—46 Nr. 2 u. A. A. M. Puchelt I S. 215, 218, welcher immer ein anderes Amtsgericht beauftragen will.)

3) Hält der Amtsrichter die Ablehnung für begründet, so ersetzt dies den Beschluß durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird. Die Zustimmung des Substituten außer der des Amtsrichters ist nicht erforderlich (anders Entw. I). Jener tritt vielmehr ohne Weiteres anstatt des abgelehnten Richters ein.

4) Wegen gleichzeitiger Bestimmung des zuständigen Gerichts s. § 36 Anm. 3.

5) Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 2). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6. Die außergerichtlichen Kosten gehören, wenn die Ablehnung Erfolg hatte, zu den der unterliegenden Partei zur Last fallenden Prozeßkosten. (So auch Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Gaupp I S. 147.)

§ 46.

1) Abs. 1: Vgl. §§ 119 Anm. 4b, 124 Anm. 4.

Abs. 2: Es ist davon ausgegangen, daß der Gegner des Ablehnenden an der Ablehnung kein Interesse habe, „da prinzipiell alle Richter zur Entscheidung des Rechtsstreits gleich befähigt sind". Daher findet (abweichend von Code de proc. art. 391) gegen den Beschluß, durch

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 30, 31. Entw. I. § 45. Entw. II. § 46. Entw. III. § 46. Mot. S. 71. Prot. S. 13, 14, 510, 511.

§ 47. Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

N. Entw. § 33. Entw. I. § 46. Entw. II. § 47. Entw. III. § 47. Mot. S. 72. Prot. S. 14.

§ 48. Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

N. Entw. § 34. Entw. I. § 47. Entw. II. § 48. Entw. III. § 48. Mot. S. 72, 73. Prot. S. 14, 511.

---

welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, kein Rechtsmittel statt, und zwar auch dann nicht (wie ein Antrag in der RTK. wollte), wenn der Beschluß eine Bestimmung über das zuständige Gericht zur Folge hat (§ 36).

2) Aus dem gleichen prinzipiellen Grunde kann das Ablehnungsgesuch „auch kurzer Hand dadurch erledigt werden, daß der abgelehnte Richter ausscheidet und ohne Weiteres ein anderer Richter für ihn eintritt (HE. § 38)." (Mot. S. 72.) Ein förmlicher Beschluß ist in diesem Falle nicht erforderlich (Seuffert § 45 Anm. 1, 2, Gaupp I S. 144, Kleiner I S. 263, Wach I S. 344. A. M. Hellmann I S. 180). Selbstverständlich muß der eintretende Richter ein anderes Mitglied der Kammer oder der geordnete Stellvertreter sein. Vgl. GVG. § 62 Anm. 3 und oben § 45 Anm. 1—3.

3) — „sofortige Beschwerde" — Dieses Rechtsmittel, welches an eine mit der Zustellung des Bescheides beginnende Nothfrist gebunden ist (§ 540), sichert gegen Verschleppung des Rechtsstreits. Dasselbe steht nach allgemeinen Grundsätzen nur dem Antragsteller zu. (A. M Gaupp I S. 146.) Es findet auch statt, wenn das Gesuch auf Grund des § 43 zurückgewiesen wird (Wach I S. 344).

§ 47.

Im Interesse des Prozeßgegners ist der abgelehnte (nicht der gesetzlich ausgeschlossene — § 41) Richter verpflichtet, Handlungen, welche keinen Aufschub gestatten, vorzunehmen, gleichviel ob er die Ablehnung für begründet hält oder nicht, und zwar auch ohne besonderen Antrag (anders Code de proc. art. 387). Er darf aber auch nur solche vornehmen (anders N. E. § 33).

§ 48.

1) Auch ohne (rechtzeitiges) Gesuch einer Partei kann eine Entscheidung über die Remotion eines Richters ergehen, wenn dieser (sei es ein Mitglied des Kollegialgerichts oder ein Amtsrichter) dieselbe selbst in Anregung bringt, wozu er jederzeit befugt ist. (Vgl. Bierhaus in Gruchot, Beitr. XXVII S. 672.) Eine Verpflichtung hierzu (wie ein Abg. vorschlug) wollte ihm die RTK. nicht auferlegen, und ebensowenig wollte sie ihm zumuthen, sich positiv darüber zu äußern, ob er seine Ablehnung für gerechtfertigt halte oder nicht (daher ist in 2. Lesung die frühere Fassung „ein Richter aber dafür hält, daß seine Ablehnung gerechtfertigt sein würde" von der RTK. modifizirt). Ist das Verhältniß der Art, daß es nur die Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit rechtfertigen würde (§ 42), so ist dies (abgesehen von einem Parteigesuch) der einzige Weg. In den Fällen des § 41 dagegen kann die Entscheidung auch von den andern Richtern angeregt werden („wenn aus anderer Veranlassung Zweifel ntstehen").

§ 49. Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

N. Entw. § 35. Entw. I. § 48. Entw. II. § 49. Entw. III. § 49. Mot. S. 73. Prot. S. 14.

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel. Prozeßfähigkeit.

§ 50. Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die

---

2) Abs. 2: In allen Fällen ist eine Entscheidung des zuständigen Gerichts erforderlich (die CPO. hat hier eine im Bereiche der Hann. PO. bestehende Kontroverse entschieden — s. Neues Mag. f. Hann. Recht Bd. 4 S. 58 ff., Bd. 6 S. 3 ff.). Die Parteien werden zwar nicht gehört; aber so wenig wie die bloße Versicherung des Richters, daß Ablehnungsgründe vorliegen, ohne Anführung solcher Gründe (s. Hann. PO. § 22), genügt, ebensowenig ist die Anzeige des Grundes seitens des Richters allein nothwendig maßgebend, wenngleich von erheblichem Gewicht (s. § 44 Abs. 2, 3).

3) Eine Beschwerde gegen die Entscheidung findet nicht statt, da sie nicht ausdrücklich gestattet ist (§ 530) und die Analogie von § 46 Abs. 2 schon deshalb nicht paßt, weil hier ein Gesuch der Partei die Voraussetzung bildet (vgl. Gaupp I S. 150, Seuffert Anm. 2, Wilm.-Levy Anm. 3).

§ 49.

§ 49 erklärt sich aus der den Verrichtungen des Gerichtsschreibers im System der CPO. beiwohnenden wichtigen Bedeutung. § 41 Nr. 1—5 sind unmittelbar anwendbar; dagegen ist ein Gerichtsschreiber nicht ausgeschlossen, welcher in einer früheren Instanz als Richter mitgewirkt hat (wie auch umgekehrt). (So auch Wach I S. 346. A. M. Gaupp I S. 152.) Die Verwandtschaft des Richters und des Gerichtsschreibers ist nicht (wie nach der Bayer. PO. Art. 52 Abs. 2, Bad. PO. § 38 ꝛc.) als Ausschließungsgrund aufgenommen.

Die Mitwirkung eines gesetzlich ausgeschlossenen oder abgelehnten Gerichtsschreibers bewirkt zwar an sich Ungültigkeit der betreffenden Handlungen, begründet aber weder absolut Revision noch Nichtigkeitsklage [§§ 513 Nr. 2, 3; 542 Nr. 2, 3 — „ein Richter"] (A. M. Kleiner I S. 269); und zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 511, 512 wird kaum Gelegenheit sein, weil die Erscheinung selten auf der Verletzung „beruhen" wird (vgl. Seuffert Anm. 3)

Zweiter Abschnitt.

Der Ausdruck „Parteien" ist hier in einem weiteren Sinne genommen, indem er nicht blos die eigentlichen Prozeßparteien (Hauptparteien: Kläger, Beklagter), sondern auch am Rechtsstreite betheiligte Dritte (Nebenparteien) umfaßt. (Vgl. Renaud S. 109, Hellmann, Lehrb. S. 224, Wach I S. 518 ff.)

Erster Titel.

Dieser Titel handelt hauptsächlich von der „Prozeßfähigkeit" (§ 50 Anm. 1) und von der Vertretung prozeßunfähiger Parteien, daneben aber auch von der „Ermächtigung zur Prozeßführung" (das. Anm. 3). In § 50 ist der Grundsatz, in §§ 51—53 sind die Ausnahmen, in §§ 54, 55 Prozedurvorschriften enthalten.

§ 50.

1) „Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen" — Prozeßfähigkeit

Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

N. Entw. § 80. Entw. I. § 49. Entw. II. § 50. Entw. III. § 50. Mot. S. 73—77. Prot. S. 23, 511, 512.

(legitima persona standi in judicio), mit anderen Worten die Fähigkeit einer Partei (s. die Vorbem. z. 2. Abschn.), ihren Prozeß selbst zu führen (Wetzell S. 91 ff., RG. XIII S. 331, Wach I S. 532 ff., welcher übrigens mit Recht hervorhebt, daß nach § 75 der Begriff auch die Fähigkeit, für Andere prozessualisch zu handeln, umfaßt), also eine Seite der Handlungsfähigkeit. Verschieden davon ist die Fähigkeit, aktiv und passiv Prozeßsubjekt zu sein, d. i. die (der Rechtsfähigkeit parallele) sog. Parteifähigkeit (N. E. § 79, Wach, Vortr. S. 59 u. Handb. I S. 519 ff., RG. XII S. 398), welche ohne Weiteres allen Rechtssubjekten (juristischen, wie physischen Personen) zukommt und überdies gesetzlich manchen Personenvereinen ꝛc. positiv beigelegt ist (s. § 19 Anm. 1). Diese Eigenschaft überläßt die CPO. vollständig dem bürgerlichen Recht. Dagegen ist letzteres bezüglich der Prozeßfähigkeit nur prinzipiell geschehen. Der Grundsatz ist nämlich nur soweit festgehalten, „als nicht wichtige Interessen des Rechtsverkehrs zur Herbeiführung der Rechtseinheit in Deutschland Ausnahmebestimmungen erfordern." Diese erweiternden Bestimmungen enthalten die §§ 51 und 53. (Vgl. R. Koch in Hinschius, Zeitschr. f. Gesetzgebung ꝛc. II S. 289 ff. u. in Busch, Arch. f. HR. XVII S. CXXXI ff., Barazetti: Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit ꝛc., Heidelberg 1885, Kroll, Klage u. Einrede S. 94 ff., A. Fuchs in Gruchot, Beitr. XXIX S. 591 ff., 753 ff.)

Der Ausdruck „bürgerliches Recht" ist gleichbedeutend mit „materielles Recht", „so daß es gleichgültig bleibt, in welchem Gesetzbuche, ob im Kodex des Civilrechts oder der Prozeßordnung oder anderen Orts, sich derartige Vorschriften vorfinden" (Mot. z. EG. z. CPO. S. 488, Wach I S. 118). Aus der CPO. kommen hier die Bestimmungen über das Entmündigungsverfahren (§§ 593 ff.) in Betracht. Hierher gehört ferner StrPO. § 334 bezüglich des mit Beschlag belegten Vermögens des abwesenden Beschuldigten (RG. XI S. 188, Wach I S. 546 Anm. 37. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 249).

Entscheidend ist dasjenige bürgerliche Recht, nach welchem sich überhaupt die persönlichen Rechtsverhältnisse bestimmen (vgl. § 51 Anm. 4).

Nicht jede prozeßfähige Partei besitzt auch die Fähigkeit persönlich vor Gericht Handlungen vorzunehmen — jus postulandi (vgl. Wach I S. 606 ff., Bolgiano S. 114, 125 — Gerichtsstandsfähigkeit" in diesem Sinne); letztere ist durch den Anwaltszwang (§ 74) beschränkt. Andrerseits muß der Bevollmächtigte prozeßfähig sein (§ 75).

2) — „gesetzliche Vertreter" — ein wichtiger Kunstausdruck der CPO. für die durch das Gesetz bestimmten Vertreter prozeßunfähiger und ausnahmsweise auch prozeßfähiger Personen. Die Mot. bemerken:

> „Alle nicht prozeßfähigen Parteien werden im Prozesse durch „gesetzliche Vertreter" vertreten. Wer im konkreten Falle der gesetzliche Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei ist, bestimmt nach § 50 das bürgerliche Recht."

Das Gesetz ergänzt oder ersetzt hier im letzten Grunde Wahl und Auftrag des dominus, wenngleich dabei Wahlakte der betheiligten physischen Personen vorkommen. (Vgl. Wach I S. 586 ff.) Die Entscheidung der Frage, ob ein Prozeß zu führen, und die prozessualische Vertretung selbst sind in diesen Fällen Bestandtheile der dem „gesetzlichen Vertreter" zustehenden Vermögensverwaltung (Wetzell S. 86 ff., Wach I S. 540 ff.). [Ein Verzeichniß einschlagender reichsgesetzlicher Vorschriften s. bei Fitting § 21 Anm. 18, S. 63.] Der gesetzliche Vertreter hat im Allgemeinen, und soweit nichts Abweichendes verordnet ist, die Befugnisse und Pflichten einer Partei (Mot. S. 77, Bayer. PO. Art. 60, Württ. PO. Art. 85). Er kann daher die Partei nicht in einem Prozesse vertreten, in welchem er selbst Gegenpartei ist (RG. VII S. 404). Wo ferner von „Partei" ohne weitere Unterscheidung hinsichtlich der Vornahme von Prozeßhand-

§ 51. Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

---

lungen die Rede ist, ist im Falle der Prozeßunfähigkeit der eigentlichen Partei in der Regel deren gesetzlicher Vertreter gemeint. Konsequenzen des Grundsatzes enthalten die §§ 82, 157, 210, 219, 223, 391, 433, 435, 436, 439, 549; vgl. auch § 711 Anm. 4. Neben der Partei ist des gesetzlichen Vertreters zuweilen besonders gedacht, z. B. in §§ 121 Nr. 1, 145 Nr. 4, 157, 284 Nr. 1, 549 Abs. 3. Auch sonst bedeutet „Partei" zuweilen nicht zugleich den gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei, z. B. in § 217 (s. Endemann I S. 314 u. Wach I S. 288). Im Allgemeinen bildet „gesetzlicher Vertreter, gesetzliche Vertretung" den Gegensatz zu bloßer Bevollmächtigung (vgl. § 247 Anm. 9). Der Ausdruck „nach Vorschrift der Gesetze vertreten" umfaßt aber beide (§§ 513 Anm. 6, 542 Nr. 4). — Mehrere gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei gelten nicht als Streitgenossen (s. § 56 Anm. 1).

Als gesetzliche Vertreter der (an sich prozeßfähigen) Landesherren ꝛc. gelten nach manchen Ausführungsgesetzen, z. B. § 3 des preuß. AG. z. CPO., die für deren Vermögensverwaltung bestehenden Behörden. Vgl. § 440 Anm. 2, EG. z. CPO. § 5.

Als gesetzliche Vertreter sind auch die Behörden anzusehen, welche den Staat (vgl. § 20) oder die Kirchen in Prozessen vertreten (A. M. anscheinend RG. XIII S. 331, welches die von dem beklagten Konsistorium fälschlich „Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit" genannte Einrede, daß dasselbe, weil nicht mit vermögensrechtlichen Angelegenheiten befaßt, nicht habe belangt werden können, mit Unrecht als materiellrechtliche Einrede der mangelnden Passivlegitimation ansieht).

3) — „die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung" — Das bürgerliche Recht (vgl. Anm. 1) soll entscheiden, inwiefern der gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf (z. B. Aufsichtsräthe von Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Aktiengesellschaften (HGB. Art. 194, 195, 226), Gemeindevorsteher, Kirchenvorsteher — s. preuß. Ges. v. 20. Juni 1875 § 21 Nr. 5 (GS. S. 241), v. 3. Juni 1876 (GS. S. 123) u. v. 7. Juni 1876 § 3 (GS. S. 149); näheres über preuß. Recht s. bei A. Förster Anm. 5, Förster (Eccius) IV § 283, S. 746 Anm. 82; wegen Bayern, Württemberg ꝛc. s. Hellmann I S. 192, Kleiner I S. 280 ff., Gaupp I S. 167). Konkursverwalter sollen, falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist, dessen Genehmigung zur Anhängigmachung von Prozessen und zum Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen einholen (KO. § 121 Nr. 2); die Prozeßführung ist aber auch ohne diese Genehmigung gültig (das. § 124). Wegen der Vormünder s. z. B. Preuß. Vormundschaftsordn. v. 5. Juni 1875 § 42 Nr. 8.

Ist auf Seiten des Beklagten eine Ermächtigung nothwendig, so wird doch die Zustellung der Klage an den gesetzlichen Vertreter durch die vorgängige Ertheilung der Ermächtigung nicht bedingt (vgl. § 157); vielmehr ist es Sache des Vertreters, dieselbe zu erwirken und dadurch die vertretene Partei vor Nachtheilen zu schützen. (So Petersen § 50 III, Endemann I S. 314, Gaupp I S. 167—169, Seuffert Anm. 6 a. E., Barazetti a. a. O. S. 16 ff, u. A. A. M.: Sarwey I S. 100, Reinicke-Bödiker S. 24. Vgl. Prot. S. 773, 774.) Anders wenn der gesetzliche Vertreter fehlt (s. § 55).

Die Wirkung des Mangels der Ermächtigung wie der letzteren selbst bestimmt sich gleichfalls nach dem bürgerlichen Recht. Vgl. § 54 Anm. 1. Eine erhebliche Einschränkung des Grundsatzes enthält § 52.

§ 51.

1) In bedeutendem Umfange wird hier des in § 50 enthaltenen Prinzips ungeachtet gemeinsames Recht für das vorliegende Institut geschaffen:

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

N. Entw. §§ 81–84. Entw. I. § 50. Entw. II. § 51. Entw. III. § 52. Mot. S. 73–77. Prot. S. 23.

Die Prozeßfähigkeit ist nach Abs. 1 identisch mit der Fähigkeit sich durch Verträge zu verpflichten (WO. Art. 1; judicio contrahitur). Das „insoweit" ist freilich nicht ganz deutlich. Es ist nicht völlig klar, ob eine qualitative oder quantitative Beschränkung gemeint ist, und, wenn ersteres nicht der Fall, wie weit die letztere reicht (vgl. insbesondere A. Fuchs in Gruchot, Beitr. XXIX S. 590 ff., Linckelmann in Busch, Zeitschr. IX S. 215 ff.). Daß derjenige, welcher sich nur mit Genehmigung eines Andern verpflichten kann, überhaupt nicht prozeßfähig ist, ergiebt die einfache Gegenüberstellung prozeßfähiger und nicht prozeßfähiger Personen in der CPO.; eine unvollkommene Prozeßfähigkeit ist nirgends geregelt (s. auch Mot. unten Anm. 4b, Fitting § 21 u. im civ. Arch. 61 S. 409, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 738, Förster (Eccius) I § 42, S. 228 Anm. 25, Wach I S. 534 ff., Fuchs a. a. O. S. 595 ff., 776 ff. u. A. A. M. Gaupp § 50 Anm. 1, Bolgiano S. 115); die „Ermächtigung" in § 50 ist etwas Anderes. Andererseits ist wegen des Ausdrucks „kann" unzweifelhaft, daß, wer sich unbeschränkt durch Verträge, denen hier einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte gleichzustellen sind, verpflichten kann, auch unbeschränkt prozeßfähig ist, nicht bloß für Streitigkeiten aus Verträgen, sondern auch aus familienrechtlichen Verhältnissen, Delikten u. s. w. (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, Endemann I S. 315, Gaupp I S. 170, Petersen § 51 I a. E., Seuffert Anm. 2, Kroll, Klage u. Einr. S. 94 u. A.). Gleiches ist anzunehmen bezüglich der Handlungsfähigen, welche nur in ganz speziellen Richtungen verpflichtungsunfähig sind, z. B. Offiziere betreffs der Darlehne, da eine Beschränkung ihrer Prozeßfähigkeit nach den Mot. wohl nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen hat (so auch Wach I S. 537 ff., Förster (Eccius) I § 73 S. 477 Anm. 20). Am zweifelhaftesten ist, in wie weit denjenigen Personen, welchen nur ausnahmsweise die Verpflichtungsfähigkeit eingeräumt ist, die Prozeßfähigkeit zusteht, ob nur bezüglich der Verträge, für welche die Verpflichtungsfähigkeit ausdrücklich eingeräumt ist, oder auch bezüglich anderer außerkontraktlicher Gründe, welche sich auf den betreffenden Gegenstand beziehen. Der Parallelismus mit dem bürgerlichen Recht läßt sich für die letzte Ansicht anführen (so Linckelmann a. a. O. S. 217 ff.); die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Mot. sprechen aber für erstere (so auch Wach I S. 538). Die Mot. sagen:

> „Demnach ist eine Person, welche sich nur ausnahmsweise verpflichten kann, sei es durch Verträge gewisser Art oder unter gewissen Voraussetzungen, nur für diejenigen Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig, welche aus solchen Verträgen entstanden sind (N. E. § 82). Gleichgültig ist es, ob in dem betreffenden Falle die beschränkt verpflichtungsfähige Person allein oder unter der an sich nicht erforderlichen Mitwirkung des Vaters oder Vormundes ꝛc. kontrahirt."

Hierher gehören Fälle, in denen die partielle Verpflichtungsfähigkeit auf einer generellen Genehmigung des Vaters ꝛc. beruht; [vgl. z. B. Seemannsordn. §§ 5, 6; preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 §§ 5, 6 (GS. S. 518), Mandry S. 10 u. im civ. Arch. 59 S. 303 ff.; andere Fälle des preuß. Rechts s. bei A. Förster Anm. 1a.] Der Prozeß wird danach nicht als ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft behandelt, sondern in engster Beziehung zu demjenigen Rechtsverhältnisse gedacht, aus welchem er hervorgeht, woraus dann freilich folgt, daß es nicht darauf ankommt, ob durch Einrede, Replik ꝛc. (anders bei Widerklage und Klagenhäufung — so auch Wach I S. 539. A. M. Gaupp I S. 170) auch Elemente anderer Rechtsverhältnisse in den Prozeß gezogen werden.

Die Prozeßfähigkeit umfaßt die Fähigkeit zu allen Prozeßhandlungen; hierzu müssen aber auch Vergleich, Verzicht und Anerkenntniß gerechnet werden (vgl. §§ 52 Anm., 77 Anm. 1, Wach I S. 536. A. M. Fuchs a. a. O. S. 601, 602, Linckelmann a. a. O. S. 229 ff.).

Ein Verzicht auf Handlungs- bzw. Prozeßfähigkeit ist unwirksam (RG. IV S. 162).

2) Abs. 2: In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen nicht (wie nach dem Code civ. art. 372) die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit aufhört, war die Prozeßfähigkeit des großjährigen Hauskindes mehr oder weniger beschränkt und kontrovers [vgl. Wetzell S. 93 ff., Renaud S. 118, Preuß. Anwaltszeitung 1865 Nr. 42, 43, Stölzel: Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Berlin 1874, S. 28, Förster (Eccius) IV § 222, S. 153 Anm. 28 ꝛc.]. Aehnlich verhielt es sich nach den meisten ehelichen Güterrechten (oder doch in deren Konsequenz) mit der Ehefrau. Wie indessen bezüglich der Hauskinder in manchen neueren Partikulargesetzen eine freiere Auffassung zur Geltung gekommen war [vgl. preuß. Kab.-O. v. 4. Juli 1832 (GS. S. 175) und v. 5. Dezember 1835 (GS. S. 294); Ges. v. 26. März 1864 § 1 (GS. 693); Sächs. Civ.-GB. § 1821], so hat die Prozeßfähigkeit der Ehefrau in gewissem Umfange auch bereits in das Reichsrecht Eingang gefunden (HGB. Art. 9, Gewerbe-Ordn. § 11).

Abs. 2 verallgemeinert diese Grundsätze für den Prozeß überhaupt (nicht aber auch für das materielle Recht (so auch die übrigen Komm., Wach I S. 552 u. A. A. M. allein Pfizer im Württ. Ger.-Bl. XVIII S. 314 ff.). Die CPO. geht also von dem Gedanken aus, daß das großjährige Hauskind und die Ehefrau an sich bezüglich aller den Prozeß betreffenden Handlungen (vgl. § 52) vollkommen handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugniß durch die Rechte des Vaters bzw. Ehemanns beschränkt werden. Die in dieser Beziehung nach wie vor bestehenden Rechtsverschiedenheiten sind somit in das Gebiet der Sachlegitimation verwiesen; d. h. die Wirksamkeit der ohne Theilnahme des Vaters ꝛc. (als Streitgenosse, Intervenient oder Litisdenunziat) erstrittenen Urtheile hängt davon ab, inwiefern ihm nach Civilrecht in Bezug auf den Gegenstand des Prozesses Rechte zustehen, welche die Verfügungsbefugniß des Kindes bzw. der Ehefrau ausschließen oder beschränken. Freilich sind hiermit nicht alle Kontroversen über die Tragweite des § 51 abgeschnitten. Namentlich sind solche im Gebiete des Württembergischen Rechts bereits hervorgetreten. (Vgl. besonders Mandry S. 23 ff. u. in d. Abh. „Die Prozeßfähigkeit der Ehefrau nach der RCPO." im civ. Arch. 65 S. 132 ff., Boas, die Ehefrau als Prozeßpartei im Gebiete des preuß. ALR. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 305 ff., namentlich S. 312 ff.) Unzweifelhaft ist die selbständige Befugniß der Ehefrau bei solchen Klagen, die überhaupt nicht das Vermögen oder doch nur vorbehaltenes Vermögen betreffen, ferner bei Schuldklagen gegen die Ehefrau, nur daß bei diesen der Ehemann nicht die Vollstreckung in das seiner Verwaltung bzw. Nutznießung unterliegende Vermögen sich gefallen zu lassen braucht. (Vgl. auch Mandry S. 24, 29, Boas a. a. O. S. 320 ff.)

> „Ebensowenig braucht sich der Hausvater oder Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches in Folge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. — Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften nicht zu besorgen, weil die Institute der Intervention und Streitverkündung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bzw. den Ehemann an dem Prozesse zu betheiligen." (Mot.)

Aber auch hinsichtlich solcher Klagen, welche die Substanz der der Verwaltung und dem Nießbrauchsrecht des Ehemannes unterliegenden Vermögensrechte betreffen, muß die Ehefrau als (aktiv und passiv) prozeßfähig gelten, wenn nur daran festgehalten wird, daß das Judikat den Rechten des Ehemannes nicht präjudizirt. [So Gaupp I S. 175, Sarwey I S. 106, 107, Petersen § 51 II 1, 2, Dernburg III S. 66, Wach I S. 553 ff. u. A. A. M. Mandry S. 26—29 u. a. a. O. S. 137 ff., Boas a. a. O. S. 317, Förster (Eccius) IV S. 75 Anm. 68, RG. XIII S. 290, wo angenommen wird, daß z. B. ALR. II 1 § 189 noch fortbesteht.] Bei Feststellungsklagen (§ 231) ist keine Unterscheidung zu machen, ob die Feststellung nur für die Zeit nach Wegfall der ehemännlichen Rechte von Interesse sein kann (RG. IV S. 372. A. M. Mandry a. a. O. S. 143). Wegen der Haftpflicht des Ehemanns für die

Kosten der von der Ehefrau geführten Prozesse s. Wach I S. 556 ff. u. die das. S. 557 Anm. 1 Zitirten.

Ob die Prozeßfähigkeit der Ehefrau durch deren Minderjährigkeit beschränkt wird, richtet sich auch ferner lediglich nach dem bürgerlichen Recht (vgl. z. B. ALR. II 2 § 229, Preuß. Vormundschaftsordn. §§ 11, 61).

Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Befugniß des Ehemannes bzw. Vaters zu selbständiger Prozeßführung bestehen gleichfalls fort, weil in derselben nicht die gesetzliche Vertretung einer handlungsunfähigen Frau zu finden ist (vgl. Wilm. Levy Anm. 2, Sarwey I S. 106, Wach I S. 554 ff. A. M. Gaupp I S. 175, Petersen § 51 II 1, Siebenhaar S. 91).

3) Nach Abs. 3 ist auch die Eigenschaft als Frau (mulier) ohne Einfluß auf die Prozeßfähigkeit, indem der absterbenden, jetzt auch in Mecklenburg-Schwerin, Lübeck, Lauenburg und Hamburg aufgehobenen Geschlechtsvormundschaft jede Bedeutung für den Prozeß ausdrücklich abgesprochen ist. S. auch Preuß. Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 § 102.

4) Ueber die nicht prozeßfähigen Personen bemerken die Mot.:

„Nach den Grundsätzen der CPO. sind nicht prozeßfähig:

a) die physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geisteskranke 2c.;
b) die physischen Personen, welche willensfähig sind, aber welche keine oder nur eine beschränkte Dispositionsbefugniß haben (letzterenfalls mit der Maßgabe des § 51 Abs. 1). Zu dieser Kategorie gehören die minderjährigen Hauskinder, die Verschwender, der minderjährige Emanzipirte des französischen Rechts (Code civ. art. 476 ff.) und alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unter Vormundschaft — Tutel oder Kuratel — stehen und nicht ohne Vormund, Kurator, Beistand, Pfleger usw. handeln können;
c) die juristischen Personen und die Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können (§§ 19, 157)."

Diese Sätze erhalten ihre nähere Bestimmung indessen durch das bürgerliche Recht (vgl. oben Anm. 1—3). Entscheidend ist das Recht des Wohnorts [Savigny: Syst. d. RR. Bd. 8 S. 134 ff., Bar: Internat. Privatrecht S. 135 ff., 423, Bolgiano S. 116, Windscheid Pand. I § 35 Anm. 1, Wach I S. 121 ff., 547, Förster (Eccius) I S. 57, Dernburg, I S. 51 ff.]. Für Preußen vgl. Ges. v. 12. Juli 1875 (oben Anm. 1) und Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875. In Betreff der Handelsgesellschaften s. § 59 Anm. 2.

Ein Unterschied zwischen Ausländern und Inländern (Siebenhaar S. 96) findet nicht statt. Wenn man indessen den im Auslande gehörig gebildeten und dort „vertragsfähigen" Aktiengesellschaften nach heutigen völkerrechtlichen Grundsätzen im Inlande ohne Weiteres die Prozeßfähigkeit zugesprochen hat (s. Bar a. a. O. S. 135, Entsch. d. preuß. O.T. 20 S. 326, Gruchot, Beitr. XXI S. 617, ROHG. 22 S. 147 ff.), so trifft dies nach der CPO. nur für die sog. Parteifähigkeit zu (vgl. § 19 Anm. 1, § 50 Anm. 1), da die Aktiengesellschaft nicht selbst, sondern durch ihre Vertreter handelt (s. oben sub c.). Wegen ausländischer Versicherungsgesellschaften s. RG. VI S. 134 ff. (wo übrigens Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit ebenfalls verwechselt wird). Gewissermaßen eine Begünstigung der Ausländer enthält § 53.

5) Der Gemeinschuldner ist nicht prozeßunfähig, sondern nur nicht befugt, über die Konkursmasse zu verfügen (so auch RG. VI S. 407 und in RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 105, 106, Petersen in Busch, Zeitschr. IX S. 1 ff., 60 ff., Schultze: Deutsches Konkursrecht S. 84 ff.), was Wach I S. 542 ff. als beschränkte Prozeßfähigkeit bezeichnet. Die Eröffnung des Konkurses ist daher ohne Einfluß auf Rechtsstreitigkeiten, welche nicht das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffen (zustimmend Schmidt in Busch, Zeitschr. VI S. 24, Mandry S. 107 u. A.). Prozesse dagegen, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, können nach eröffnetem Konkurse weder von dem Gemeinschuldner noch gegen denselben geführt werden (vgl. §§ 218, 220; KO. §§ 5, 6, 8 ff. u. Mot. dazu S. 41 ff.). Die Beziehung auf die Konkursmasse drückt sich, soweit es sich um Geldansprüche handelt, in der Anmeldung (KO. §§. 126 ff.) aus; wer seinen Anspruch nicht anmeldet, kann gegen den Gemeinschuldner auf Zahlung nach been-

§ 52. Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

N. Entw. § 85. Entw. I. § 51. Entw. II. § 52. Entw. III. § 52. Mot. S. 77, 78. Prot. S. 20.

§ 53. Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

N. Entw. § 86. Entw. I. § 52. Entw. II. § 53. Entw. III. § 53. Mot. S. 78. Prot. S. 23, 24.

digtem Konkurse klagen, (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 282). Die Eröffnung des Konkurses im Auslande hindert nicht die Klage gegen den Gemeinschuldner im Inlande behufs Befriedigung aus den dort zufolge KO. § 207 zu pfändenden Vermögensstücken (RG. VI S. 400 ff. u. in RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 106 ff.). Vgl. auch R. Koch: Zur Reform des Preuß. Konkursrechts. Berlin 1868. S. 20 ff.

6) Wegen der Landesherren 2c. in Preußen s. § 50 Anm. 2 a. E. u. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 242.

§ 52.

§ 52 enthält ein wichtiges, an die handelsrechtliche Formalvollmacht (Prokura 2c.) erinnerndes Prinzip (s. Busch, Arch. XVII S. CXXXII).

„Dieser Grundsatz — dem N. E. § 85 entnommen — ist eine Anwendung des im HGB. Art. 43 rücksichtlich der Prokura und in dem Entw. § 77 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach Außen hin — dritten Personen gegenüber im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugniß unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört. Durch den § 52 werden Vorschriften beseitigt, wie sie z. B. Preuß. AGO. I 10 § 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält." (Mot.)

Die allgemeine Befugniß zur Prozeßführung, mag sie auf ertheilter Ermächtigung oder auf Gesetz beruhen (§§ 50, 51), ersetzt jede besondere Ermächtigung, welche die Landesgesetze (z. B. Preuß. Vormundschaftsordn. § 42) zu einzelnen Prozeßhandlungen erfordern. Auch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand und Anerkennung des gegnerischen Anspruchs sind (wie in § 77) hierher zu rechnen. Da für ihre Erklärung prozessualische Formen vorgeschrieben sind (§§ 146 Nr. 1, 471 Abs. 2) und sie unmittelbaren Einfluß auf den Prozeß, nicht bloß auf den Anspruch äußern (§§ 277, 278, 702 Nr. 1, 2), so läßt sich ihnen der Charakter von „Prozeßhandlungen" nicht absprechen. Die Aufführung in § 77 neben den „Prozeßhandlungen" ist nur deklarativ (vgl. HE. § 99). [So auch Petersen § 52 Nr. 1, Seuffert Anm. 3, Sarwey I S. 106, Hellmann, Lehrb. S. 262, Wach I S. 536, 576 ff., Schultze in Busch, Zeitschr. II S. 91 Anm. 135, Brettner in Gruchot, Beitr. XXV S. 324 ff. u. A. A. M. Küntzel in Gruchot, Beitr. XXIV S. 777 ff., XXV S. 327 ff., XXVIII S. 276, welcher z. B. § 42 Nr. 8 d. preuß. Vorm.-Ordn. aufrecht erhalten will, Wilm. Levy § 52 Anm. 1, § 277 Anm. 1 u. Förster (Eccius) I § 103, S. 792 Anm. 6, IV § 232, S. 210 Anm. 23, A. Förster § 52 Anm. 2, § 77 Anm. 2 f., Kroll Klage u. Einrede S. 103.] Wie überhaupt, so kann auch in diesen Fällen (anders als nach § 79 Abs. 1) der gesetzliche Vertreter nach Außen hin nicht beschränkt werden. (Vgl. Petersen § 52 Nr. 2, Gaupp I S. 176, 177, Seuffert Anm. 4, Barazetti a. a. O. S. 11, Wach I S. 592 u. A. A. M. Sarwey I S. 109.)

§ 53.

1) Die Mot. bemerken:

„Der § 53 erweitert im Anschluß an § 35 der Einl. z. Preuß. ALR. und Art. 84 der Wechselordn. die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Recht seines Staates oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der

§ 54. Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

N. Entw. §§ 88–90. Entw. I. § 53. Entw. II. § 54. Entw. III. § 54. Mot. S. 78, 79. Prot. S. 24, 25.

Regel hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein."

Der Satz wurde in der RTK. angefochten, aber als ein internationaler Fortschritt von der Mehrheit gebilligt. Derselbe bildet keine Ausnahme von dem Grundsatze, daß der einheimische Richter fremdes Prozeßrecht nicht anwenden darf, sondern erklärt sich aus der Anerkennung der privatrechtlichen Verpflichtungsfähigkeit (Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 52). Ein Zusatz daß der Eintritt des gesetzlichen Vertreters in den Prozeß nicht ausgeschlossen sei, wurde abgelehnt. Die RTK. beschloß, die Frage, ob für einen nach § 53 prozeßfähigen Ausländer dessen Vormund im Inlande prozessiren könne, der Praxis zu überlassen. Dieselbe ist zu verneinen, da die Zulassung mit dem Grundsatze des § 53 in Widerspruch stehen und die Prüfung des ausländischen Rechts bedingen würde, welche gerade vermieden werden soll (Petersen § 53 Nr. 3, Gaupp I S. 180, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 1, Wach I S. 549 ff., Anm. 44. A. M.: Siebenhaar S. 96, Hellmann I S. 199 u. A.). Dem „gesetzlichen Vertreter" bleibt nur die Betheiligung als Nebenintervenient (§ 63) bzw. Beistand (§ 86), aber nur nach allgemeinen Grundsätzen, nicht schlechthin. (So auch Gaupp a. a. O., Wach a. a. O. A. M. A. Förster a. a. O., Petersen a. a. O.)

Ueber den Begriff „Ausländer" s. § 12 Anm. 3. Ob der Ausländer im Inlande einen Wohnsitz hat, ist unerheblich (Wach I S. 547. A. M. Mandry S. 64).

Für den umgekehrten Fall bedurfte es keiner Bestimmung; für die Prozeßfähigkeit des nach dem Rechte des Prozeßgerichts nicht prozeßfähigen Ausländers entscheidet hier das Recht des ausländischen Wohnorts (s. § 51 Anm. 4, Mandry S. 63).

2) Der Grundsatz des § 53 wird entsprechend auch auf Inländer anzuwenden sein, welche nach dem Rechte ihres Wohnorts (§ 51 Anm. 4) nicht, wohl aber nach dem des Prozeßgerichts prozeßfähig sind. (Endemann I S. 318 spricht vom inländischen Heimathsstaat. A. M.: Seuffert Anm. 6, Bolgiano S. 119, A. Förster Anm. 2, Wach I S. 547 ff. u. A. Petersen § 53 Nr. 5 Gaupp I S. 180 u. Mandry a. a. O. lassen die entsprechende Anwendung wenigstens dann zu, wenn der Inländer im Auslande wohnt.)

3) Auf das Erforderniß der besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung (§ 50 Anm. 3) läßt sich § 53 nicht entsprechend anwenden (Gaupp I S. 181, Seuffert Anm. 5, Barazetti a. a. O. S. 15 u. A.).

4) — „Rechte des Prozeßgerichts" — d. h. dem am Sitze des Gerichts, bei welchem der Prozeß schwebt, geltenden Rechte. Ob das Gericht das zuständige ist, ist eine andere Frage. (So auch Barazetti a. a. O. S. 12.) Darauf, ob nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Staatsangehörigkeit maßgebend ist, kann es nicht ankommen.

§ 54.

1) Abs. 1: — „von Amtswegen" — d. h. auch ohne Antrag einer Partei und selbst wider den Willen beider Parteien, wenn nur zureichende Anhaltspunkte vorliegen (s. Seuffert, Arch. 38 Nr. 61 u. 198 — OLG. Darmstadt bzw. Hamburg). Es ist ein Gegenstand der öffentlichen Ordnung, daß keine Verhandlungen gepflogen werden, welche wegen eines der bezeichneten Mängel nichtig sind. Vgl. auch § 130 Abs. 2. Daraus folgt, daß von einer eigentlichen Beweislast hier keine Rede sein kann, vielmehr der Richter von Amtswegen für die Ermittelung der Wahr-

heit zu sorgen hat (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 222 ff., 457 ff.). Hierbei kann er sich selbstverständlich der Parteien bedienen und daher von dem gesetzlichen Vertreter den Nachweis dieser Eigenschaft fordern (R. E. § 89), aber auch je nach der besonderen Lage des Falles dem Gegner den Nachweis des von ihm behaupteten Mangels auferlegen, falls dieser nicht offenkundig ist (§ 264 — vgl. Prot. S. 24). Im Allgemeinen gilt der Satz, daß der Nachweis der Prozeßfähigkeit von derjenigen Partei geführt werden muß, welche dieselbe behauptet; dies braucht jedoch nicht immer diejenige zu sein, um deren Prozeßfähigkeit es sich handelt. (S. auch Seuffert Anm. 1, Barazetti a. a. O. S. 26. Zu weit geht Birkmeyer a. a. O. S. 434 ff., wenn er bezüglich aller Offizialprozeduren dem Richter die demselben in Ehe- und Entmündigungssachen in den §§ 581, 597 ausdrücklich zuerkannte Befugniß beilegt, Thatsachen und Beweismittel, welche von den Parteien nicht geltend gemacht sind, zu berücksichtigen. S. dagegen auch Francke in Busch, Zeitschr. VIII S. 79.) Die Einrede der Prozeßunfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung (s. § 247 Abs. 2 Nr. 6) gehört (anders als die der mangelnden Parteifähigkeit — §§ 19, 157 Abs. 2 — RG. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 458) zu den prozeßhindernden, und zwar zu denen, auf welche eine Partei „wirksam nicht verzichten kann"; dieselbe kann daher, wenn nicht abgesonderte Verhandlung und Entscheidung verlangt wird, bis zur Erlassung des Endurtheils und noch in höherer Instanz angebracht werden (§§ 247 Abs. 3, 267 Abs. 2, 490, 529), und ebenso ist der Richter unbehindert, die betreffenden Mängel jederzeit zu berücksichtigen, jedoch nach allgemeinen Grundsätzen — abgesehen von Abs. 2 — nur auf Grund mündlicher Verhandlung (vgl. auch §§ 130 Abs. 2, 306, 497 u. s. w.). Dieselben Grundsätze gelten für die mangelnde Ermächtigung zur Prozeßführung, wo dieselbe nach bürgerlichem Recht zur Wirksamkeit der letzteren nach außen erforderlich ist (vgl. § 50 Anm. 3, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 82 ff.).

Kann die Partei den von ihr verlangten Nachweis nicht führen, und ist der Mangel überhaupt noch zu heben, so ist ihr Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils gegen den nicht erschienenen Gegner zurückzuweisen (§ 300 Nr. 1). [So auch Seuffert Anm. 3a u. b, Barazetti a. a. O. S. 37.] Gegen die prozeßunfähige Partei ist ein (den Anspruch erledigendes) Versäumnißurtheil nur dann möglich, wenn der gesetzliche Vertreter geladen ist bzw. geladen hat. Hat die Partei selbst oder ein unlegitimirter gesetzlicher Vertreter geklagt bzw. geladen, oder ist sie bzw. ein solcher beklagt bzw. geladen, oder liegt überhaupt ein nicht zu hebender Mangel vor, so kann nur ein die Klage wie angebracht abweisendes (kontradiktorisches) Urtheil ergehen (absolutio ab instantia). [So auch Endemann I S. 319—321, Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 413 ff. u. (gegen Bolgiano) in Busch, Zeitschr. V S. 507, 508, Seuffert Anm. 3, 4 u. im Wesentlichen auch Wach I S. 546, 603. Die Ansichten über diese Fragen gehen sehr aus einander. Abweichend Gaupp I S. 184—187, Bolgiano in Busch, Zeitschr. V S. 187, 188, welcher letztere den prozeßunfähigen Beklagten kontumaziren will, Just im civ. Arch. 68 S. 318 ff., welcher statt der Abweisung „wie angebracht" das Verfahren durch Beschluß einstellen läßt, obwohl die CPO. einen derartigen Beschluß zur Erledigung des Verfahrens gar nicht kennt und die Schwierigkeiten, welche wegen der Prozeßkosten erwachsen, dadurch nicht gehoben werden, weil auch ohne Erlaß des Urtheils Kosten erwachsen sind, über deren definitive Tragung entschieden werden muß [vgl. gegen Just auch Wach I S. 595 Anm. 4 u. 603 Anm. 22], u. ihm folgend Hellmann, Lehrb. S. 623; ferner Eccius in Gruchot Beitr. XXIX S. 6, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 1 u. A. Die 1.—3. Aufl. wollte in Uebereinstimmung mit den Aeußerungen des Reg.-Vertreters v. Amsberg in der RTK. (Prot. S. 25) — s. auch Petersen § 54 I 3 — Versäumnißurtheil auch dann erlassen, wenn die prozeßunfähige Partei geklagt hat.] Vgl. §§ 85 Anm. 4, 248 Anm. 2, 295 Anm. 3. Das Urtheil ist auf den Namen der prozeßunfähigen Partei bzw. des unlegitimirten gesetzlichen Vertreters zu stellen und diese bzw. dieser in die Kosten zu verurtheilen (Seuffert Anm. 3a, Barazetti a. a. O. S. 38).

Der Mangel der Ermächtigung zur Prozeßführung wirkt in der Regel ebenso, wie die an-

§ 55. Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des §. 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

N. Entw. §§ 87, 88. Entw. I. § 54. Entw. II. § 55. Entw. III. § 55. Mot. S. 79. Prot. S. 25.

---

deren in Abs. 1 bezeichneten Mängel (vgl. auch Osterloh a. a. O. S. 82 ff.); ist jedoch dem beklagten gesetzlichen Vertreter die Klage gehörig zugestellt, so kann gegen ihn, auch wenn das bürgerliche Recht die Gültigkeit der Prozeßführung von der Ermächtigung abhängig macht, ein Versäumnißurtheil erlassen werden. (Vgl. § 50 Anm. 3 a. E., Gaupp I S. 167, 186, 187, Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 415 u. in Busch, Zeitschr. V S. 508, Seuffert § 50 Anm. 6 a. E. A. M. Petersen § 54 I 3, welcher auch gegen den Kläger Versäumnißurtheil zuläßt, Bolgiano S. 124 u. in Busch, Zeitschr. V S. 189 ff., welcher in beiden Fällen kontradiktorisch erkennen will, A. Förster § 50 Anm. 7 a. E., § 54 Anm. 1c, welcher den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zurückweisen will.)

Wegen des Falles, daß der Mangel erst im Laufe des Prozesses eintritt, s. §§ 219, 223.

Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2, GO. f. RA. § 20.

2) Ist des Mangels ungeachtet ein Endurtheil erlassen, so hängt die Frage, wie und wann die Nichtigkeit geltend zu machen, davon ab, ob und welches Rechtsmittel zulässig ist (vgl. §§ 501, 513 Nr. 5, 542 Nr. 4).

3) Abs. 2: In dieser Bestimmung (wie in § 55) äußert sich eine gewisse prätorische Fürsorge. Wenn ein Mangel der in Rede stehenden Art sich zeigt, so soll nicht immer sogleich das Endurtheil (s. Anm. 1 Abs. 2, 3) ergehen. Wird dem Mangel, nachdem der Vorsitzende darauf aufmerksam gemacht (§ 130 Abs. 2), nicht sogleich abgeholfen, so kann nach Abs. 2 auch dann, wenn der Mangel klar vorliegt, also von einer Vertagung zur Führung der erforderlichen Nachweise (Anm. 1 Abs. 1 u. 2, §§ 206, 300) abzusehen ist, die anscheinend prozeßunfähige Partei oder deren nicht legitimirter bzw. nicht mit Ermächtigung versehener gesetzlicher Vertreter unter gleichzeitiger Bestimmung einer Frist zur Beseitigung des Mangels vom Gericht zur Prozeßführung zugelassen werden. Die Voraussetzung ist, daß ohne diese Hülfe die von dem Mangel betroffene Partei (nicht der Gegner), sei es durch die Vertagung oder durch das in deren Ermangelung ergehende Urtheil, gefährdet werden würde („wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist"), z. B. wenn es sich um einen von ihr beantragten Arrest oder die Sicherung eines Beweismittels handelt. Sicherheitsleistung darf hier nicht (wie im Falle des § 85) verlangt werden. Auf Fälle, wo der gesetzliche Vertreter geladen (und mit Ermächtigung versehen) ist, darf Abs. 2 nicht ausgedehnt werden. (S. auch Schwalbach in Busch, Zeitschr. V S. 507, Seuffert Anm. 3d. A. M. Endemann I S. 321, Gaupp I S. 188.)

Solange die Frist unbenutzt läuft, darf das Endurtheil nicht erlassen werden (wohl aber ein Zwischenurtheil oder Beweisbeschluß). Ist sie fruchtlos verstrichen, so befindet sich die Sache in der Lage wie vor der Zulassung; es kann von neuem geladen werden, und es tritt das in Anm. 1, 2 bezeichnete Verfahren ein (vgl. auch Seuffert Anm. 3, 4, Hellmann, Lehrb. S. 250, Wach I S. 596, Barazetti a. a. O. S. 34 Anm. 72. A. M. Gaupp I S. 189, welcher es für zulässig hält, ohne Termin ein Urtheil zu erlassen). Die Legitimation kann aber immer noch nachgeholt werden; die Frist hat nicht die Bedeutung des Ausschlusses; es wird nur nicht länger gewartet (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 335, Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 272). Wird der Mangel beseitigt, so gilt bei ertheilter Genehmigung alles Geschehene.

§ 55.

1) Die Bestellung des gesetzlichen Vertreters, welchem die Klage gegen einen parteifähigen, aber

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 56. Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsge=

---

nicht prozeßfähigen Beklagten zuzustellen ist (wenigstens in der Regel — s. §§ 157, 230), kann sich unter Umständen verzögern. Um den Kläger hierunter nicht leiden zu lassen, hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts (d. h. der Kammer oder des Senats, vor welchem der Prozeß anhängig gemacht werden soll — s. auch Petersen § 55 I, welcher uns mit Unrecht für die abweichende Ansicht zitirt, daß der Vorstand des Gerichts gemeint sei bzw. der betreffende Amtsrichter) aber nur bei Gefahr im Verzuge, auf Antrag des Klägers (nicht auch des nicht prozeßfähigen Beklagten — A. M. Puchelt I S. 239) einstweilen „einen besonderen Vertreter" (d. h. nur für den vorliegenden Prozeß — curator litis) „zu bestellen", welcher die Rechte des Beklagten mit allen Befugnissen des gesetzlichen Vertreters bis zu dessen Eintritt wahrnimmt. Auf physische Personen ist die Maßregel nicht beschränkt [vgl. auch Förster (Eccius) IV § 282 S. 729 Anm. 43, Wach I S. 588, A. M. Siebenhaar S. 98].

Der Antrag ist formlos, kann also auch, wenn im Anwaltsprozesse geklagt werden soll, zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden (vgl. § 37 Anm. 1, Hellmann I S. 204, Wilm. Levy Anm. 2, Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 237, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Gaupp I S. 192, Petersen a. a. O.), und zwar allein oder in Verbindung mit der Klage (Endemann I S. 323). Die Bestellung ist obligatorisch; gegen die Zurückweisung findet Beschwerde statt (§ 530). (Vgl. Fitting a. a. O. S. 252.)

Erst der Eintritt, nicht schon die wirklich erfolgte Bestellung des gesetzlichen Vertreters macht den Funktionen des besonderen Vertreters ein Ende. Das Endurtheil kann auch schon vor Eintritt des Ersteren erlassen werden. (So auch Seuffert Anm. 6. A. M. A. Förster Anm. 2.)

2) — „eine nicht prozeßfähige Partei" — Abwesenheit genügt nicht, die Partei müßte denn bereits wegen Abwesenheit bevormundet und der Vormund (Pfleger) in Wegfall gekommen sein. (Vgl. Gaupp I. S. 191.)

— „welche ohne den gesetzlichen Vertreter ist" — Die bloße Verhinderung des gesetzlichen Vertreters genügt nicht, um die Bestellung eines besonderen Vertreters zu rechtfertigen. (Anders R. E. § 88 Abs. 2.)

— „verklagt" — In späteren Stadien des Verfahrens (vgl. § 219) sowie bei Klagen nicht prozeßfähiger Personen findet § 55 keine Anwendung. Anders in den Fällen der §§ 609, 620 Abs. 3, 626 Abs. 2. Eine bloße Mittheilung an die Vormundschaftsbehörde verordnet § 600.

3) Die gleiche Maßregel gestattet Abs. 2 bei Klagen gegen prozeßunfähige Personen in den Fällen des § 21 (s. Anm. 4 das.). Ein Antrag des Klägers ist auch hier erforderlich, dagegen nicht, daß Gefahr im Verzuge obwaltet (Petersen § 55 III, Gaupp I S. 193, Seuffert Anm. 5 u. A.), und ebensowenig, daß ein gesetzlicher Vertreter überhaupt nicht vorhanden ist. Es genügt, wenn ein solcher am Aufenthalts= oder Garnisonorte nicht vorhanden ist. Die Bestellung liegt nach Abs. 2 („kann"), abweichend vom Abs. 1, im Ermessen des Vorsitzenden. Der Prozeß wird mit dem besonderen Vertreter ebenfalls so lange geführt, bis der Vater oder Vormund in den Prozeß eintritt.

4) Die Verpflichtung, dem Rufe des Vorsitzenden zu folgen, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. (A. M. A. Förster Anm. 5, welcher, abgesehen von RAO. §§ 28, 62 den § 55 für eine lex imperfecta hält.)

5) Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9). Vgl. aber GO. f. RA. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 6.

Zweiter Titel.

Auf Seiten des Klägers wie des Beklagten können mehrere Personen als Hauptparteien vorkommen. Die Zulässigkeit einer solchen subjektiven Klagenhäufung (im Gegensatz der

meinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

N. Entw. § 91. Entw. I. § 55. Entw. II. § 56. Entw. III. § 56. Mot. S. 79, 80. Prot. S. 25.

§ 57. Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

N. Entw. § 92. Entw. I. § 56. Entw. II. § 57. Entw. III. § 57. Mot. S. 79, 80. Prot. S. 25.

---

objektiven — § 232) wird in den §§ 56, 57, das dadurch zwischen den mehreren Klägern oder Beklagten entstehende Verhältniß („Streitgenossenschaft" — litisconsortium) und deren Verhältniß zum Gegner werden in den §§ 58—60 geregelt. § 58 enthält das Prinzip, § 59 die Ausnahmen. Uebrigens ist der vorliegende Titel für die Lehre von der Streitgenossenschaft keineswegs erschöpfend (s. d. Register s. h. voce u. Endemann I S. 324 ff.).

Literatur: Wetzell S. 40 ff., 828 f., Renaud S. 144 ff., Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. Göttingen 1844. S. 105 ff., 385 ff., Bolgiano S. 145 ff., Kroll, Klage u. Einrede S. 128 ff., Warmuth in Busch, Zeitschr. I S. 497 ff., Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Leipzig 1884, Freudenstein, Die Rechtskraft usw. Hannover, 1881. S. 241 ff., v. Amelunxen: Die sog. nothwendige Streitgenossenschaft der D. CPO. Mannheim, 1881 (Inaugural-Dissert.), Hellmann, Lehrb. S. 233 ff.

§§ 56, 57.

1) Allgemeine Voraussetzung der Klagenhäufung ist, daß die mehreren Klagen sachlich und örtlich an dasselbe Gericht gebracht werden können (nöthigenfalls mit Hülfe des § 36 Nr. 3) und sich zu derselben Prozeßart eignen. Der Werth der Ansprüche wird zusammengerechnet (§ 5 Anm. 1; vgl. auch RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 302). Eine Erleichterung für Wechselklagen enthält § 566 Abs. 2. Im Uebrigen gestattet („können") die CPO. in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Prozeßordnungen die subjektive Klagenhäufung nicht bloß bei Gemeinsamkeit des Streitgegenstandes oder des Klagefundaments (§ 56 — sog. eigentliche Streitgenossenschaft, vgl. z. B. §§ 61, 566 Abs. 2, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, KO. §§ 134, 135), sondern auch bei bloßer Gleichartigkeit (§ 57 — sog. uneigentliche Streitgenossenschaft — vgl. preuß. Kab.-Ordre v. 7. Mai 1838 — v. Kamptz, Jahrb. Bd. 41 S. 374). In gleicher Weise werden also umfaßt: Miteigenthum, solidarische und korreale wie getheilte, akzessorische wie prinzipale Mitberechtigung und Mitverpflichtung (vgl. z. B. RG. VIII S. 366 — Bürge und Hauptschuldner) sowie alle Fälle einer gemeinschaftlichen (ungetheilten) Berechtigung und Verpflichtung, welche sich namentlich zahlreich im Preuß. Rechte finden (vgl. Preuß. ALR. I 5 §§ 450 ff. und I 17). Vgl. § 59 Anm. 2. Wegen der Handelsgesellschaften vgl. ebendaselbst. Nicht hierher gehören die mehreren gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei (vgl. ebenda). Auch auf die Widerklage sind die §§ 56, 57 anwendbar; selbstverständlich können dadurch aber nicht andere Personen in den Prozeß gezogen werden (s. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 74, 132).

2) Ein Hauptbeispiel der Anwendung des § 57 sind Klagen einer Versicherungsgesellschaft gegen mehrere Versicherte auf Grund verschiedener nach demselben Schema angefertigten Polizen, des Verpächters gegen mehrere Pächter auf Grund gleichlautender Pachtverträge 2c. Andere Beispiele s. bei Kroll a. a. O. S. 130.

3) Führt die Verbindung zu einer Verwirrung, oder erscheint dieselbe sonst als unzweckmäßig oder sogar wegen Mangels einer gesetzlichen Voraussetzung als unzulässig, so kann das Gericht — auf Antrag oder von Amtswegen — die Trennung anordnen (§ 136), wobei die Rechtshängigkeit (§§ 235 ff.) bestehen bleibt. Ist aber das Gericht bezüglich eines der erhobenen Ansprüche nicht zuständig, oder mangelt die Zulässigkeit derselben Prozeßart, so ist der betreffende Anspruch, sofern nicht eine Prorogation vorliegt (§§ 38—40), aus jenen Gründen abzuweisen. Die Einrede der unzulässigen Klagenhäufung ist übrigens keine prozeßhindernde (s. Osterloh

§ 58. Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

N. Entw. § 94. Entw. I. § 57. Entw. II. § 58. Entw. III. § 58. Mot. S. 79–83. Prot. S. 25.

---

in Busch, Zeitschr. III S. 91, Seuffert, Anm. 3. A. M. Puchelt II S. 13, 37. Vgl. auch Petersen §§ 56, 57 Nr. V.). — Andererseits hängt auch die an sich zulässige Verbindung mehrerer Klagen nicht blos von dem Willen des oder der Klageberechtigten ab, sondern kann auch von dem Gericht nach § 138 angeordnet werden.

4) Wie der oder die Beklagten sich die Verbindung außerhalb der gesetzlichen Grenzen nicht gefallen zu lassen brauchen, so haben sie andererseits nicht das Recht, eine Klagenhäufung, nämlich den Hinzutritt mehrerer Kläger oder Beklagter, zu verlangen; m. a. W. es giebt keine exceptio plurium litisconsortium in prozessualischem Sinne. (Diese Ansicht Planck's ist jetzt auch im gem. R. die herrschende. Vgl. v. Amelunxen a. a. O. S. 11 ff., 31 ff., 38 ff.) Nur wo das materielle Rechtsverhältniß die abgesonderte Klage eines einzelnen Interessenten oder gegen einen solchen unstatthaft oder unbegründet erscheinen läßt, kann darauf selbstverständlich der Einwand der mangelnden Sachlegitimation gegründet werden (N. E. § 93) — z. B. nach preuß. R. bei mehreren Miterben (ALR. I 17 §§ 127, 151), bei mehreren Miteigenthümern eines praedium dominans (Preuß. Anw.-Ztg. 1865 Sp. 121), gegen mehrere gesetzlich zur Alimentation Verpflichtete (s. ALR. II 3 § 20; RG. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 1057) rc. Es sind dies Fälle einer sog. nothwendigen Streitgenossenschaft, welche die CPO. unbedingt in allen Fällen annimmt, wenn das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (§ 59). Die Streitgenossenschaft kann freilich auch so niemals direkt erzwungen werden (vgl. auch Seuffert §§ 56, 57 Anm. 4, § 59 Anm. 4); der Einwand, welcher übrigens nicht zu den prozeßhindernden gehört (s. § 247 Anm. 10, Osterloh a. a. O. S. 92 ff.), führt nur zur Abweisung der Klage (s. Bolgiano S. 151 ff., Warmuth a. a. O. S. 506). Vgl. auch Code civ. art. 1668 — 1670.

5) Das Institut der „Beiladung" behufs Theilnahme an einem anhängigen Rechtsstreite ist als solches nicht aufgenommen (vgl. Hann. PO. § 42, Bayer. PO. Art. 73, Württ. PO. Art. 110, Bad. PO. §§ 122, 123, PE. §§ 749—754). Einzelne Fälle der Ladung eines Dritten zur Theilnahme am Rechtsstreite s. §§ 69 ff., 73, 607, 753. Außer diesen Fällen ist die Beiladung unstatthaft (Mot. S. 95, 99). Ueber die Zuziehung von Rechtsnachfolgern s. §§ 217, 236 ff.

§ 58.

1) § 58 enthält den Grundsatz für die prozessualische Behandlung der Streitgenossen. Derselbe geht in Uebereinstimmung mit den neueren wissenschaftlichen Untersuchungen (Planck a. a. O. S. 105 ff.; Wetzell S. 849 ff.; Renaud S. 150; Endemann, Lehrb. S. 260 ff.; vgl. auch Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 342 ff.) dahin, daß die gemeinschaftliche Prozeßführung keine juristische Verbindung unter den Streitgenossen bedingt, welche nicht bereits durch das unter ihnen bestehende materielle Rechtsverhältniß („Vorschriften des bürgerlichen Rechts" — solche giebt es allerdings (A. M. Seuffert Anm. 3), z. B. Preuß. ALR. I 5 §§ 435, 436, 440, 441; I 9 § 575, Code civ. art. 1199) hervorgebracht wäre. Ein jeder Streitgenosse kann sich in der Regel prozessualisch ganz frei bewegen. Es besteht kein Zwang zur Bestellung gemeinsamer Prozeßbevollmächtigten (wie nach Hann. PO. § 33 rc.) oder auch nur Zustellungsbevollmächtigten. Erst hinsichtlich der Kostenersatzpflicht ist, wie die Mot. S. 112 hervorheben, zu prüfen, ob genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen (§ 87 Abs. 1, Petersen § 58 III, Wilm. Levy § 87 Anm. 7 u. A.; s. auch RG. XIII S. 433. A. M. RG. im RAnz. 1885 b. Beil. S. 424, welches sich für unbedingte Erstattungspflicht in Konsequenz der Grundsätze über die selbständige Stellung der einzelnen Streitgenossen ausspricht). Die Handlungen (z. B. Anerkenntniß, Verzicht) oder Unterlassungen des einen Streitgenossen ge-

§ 59. Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

N. Entw. § 95. Entw. I. § 58. Entw. II. § 59. Entw. III. § 59. Mot. S. 79, 82, 83. Prot. S. 25.

---

reichen dem andern weder zum Vortheil noch zum Nachtheil, auch bezüglich der Kosten (§ 95 Abs. 3). Freilich läßt sich der Einfluß derselben, z. B. von Geständnissen (§ 261 Anm. 2), bei richterlichen Eiden (§ 438 Anm. 2), nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (§ 259) nicht abweisen. Positive Ausnahmen enthalten die §§ 59, 391, 434. Dieses sind die im § 58 bezeichneten „Vorschriften dieses Gesetzes". Vgl. § 59 Anm. 5. [Gegen die alternative Fassung „des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes" Sarwey I S. 118. S. aber unten Anm. 3.] Auch eine vermuthete Vollmacht, wie nach gem. u. preuß. Recht (L. 2 Cod. [3, 40], ALR. I 13 § 120), haben die Streitgenossen im Prozesse, abgesehen von § 59, nicht für einander.

2) Das sog. Kontumazial-Verbindungs-Urtheil des franz. Rechts (Code de proc. art. 153, Hann. PO. § 372, Bayer. PO. Art. 316—318, Hann. Prot. V S. 1742 ff., XV S. 5559 ff., XVI S. 6292 ff., Nordd. Prot. S. 630 ff., 638) ist konsequenter Weise nicht aufgenommen worden. Die Versäumung eines Streitgenossen hat daher nach § 58 dieselben Folgen, als wenn er allein geklagt hätte oder verklagt worden wäre, „so daß rücksichtlich desselben die Vorschriften der §§ 295 ff. zur Anwendung kommen, während rücksichtlich der erschienenen Streitgenossen die Verhandlung und die Entscheidung kontradiktorisch erfolgen" (Mot. S. 82).

3) Unter Umständen gilt nach § 66 auch der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei. In diesen Fällen modifizirt sich der Grundsatz des § 58 ebenfalls nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (s. Hellmann I S. 213, 215).

4) Wegen der Berechnung der Fristen vgl. §§ 199, 200 Anm. 2. Wegen der Rechtsmittel s. § 472 Anm. 5; wegen der Eidesleistung §§ 414, 434, 438.

5) Wegen der Anwaltsgebühren bei Vertretung mehrerer Streitgenossen s. GO. f. RA. § 51.

§ 59.

1) Das Prinzip des § 58 wird hier in Bezug auf die Versäumung von Terminen oder Fristen in zwei Fällen modifizirt. Vgl. Nordd. Prot. S. 636 ff., 795 ff., 1270; Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 344 ff.; v. Amelunxen a. a. O.; v. Kries: Die Rechtsmittel d. Civilprozesses u. d. Strafprozesses. Breslau, 1880. S. 35 ff.

2) „Kann — nothwendige" — Ueber das Vorhandensein dieser alternativen Voraussetzungen einer sog. materiellen Streitgenossenschaft (s. Kroll a. a. O. S. 134 ff.) entscheidet das bürgerliche Recht.

> „Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfaßt, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der sogen. exceptio plurium litisconsortium) ist bei der ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses in solidum zusteht." (Mot.)

Gegen die Fassung des Gesetzes wird nicht ohne Grund erinnert, daß, abgesehen von den Feststellungsklagen (§§ 231, 253) im Prozesse nicht über Rechtsverhältnisse, sondern über Rechte entschieden werde, und daß nur letztere zuweilen untheilbar seien (s. Freudenstein a. a. O. S. 247). Gemeint sind mit den Worten „Kann — werden" indessen offenbar alle Fälle, in welchen materiell nur Ein Urtheil bezüglich aller Streitgenossen ergehen kann. Für diese untersucht das Gesetz nicht weiter, ob die Klagenhäufung geboten, die Streitgenossenschaft also eine nothwendige ist (s. §§ 56, 57 Anm. 4). § 59 soll aber auch zur Anwendung kommen, wenn „aus einem sonstigen Grunde" die Streitgenossenschaft eine nothwendige ist.

Welche Fälle der erstgedachten Kategorie angehören, ist nach den bürgerlichen Rechten verschieden und überaus streitig. (Nach gem. R. leugnet Planck S. 421 ff. dieselbe ganz; vgl. Freudenstein a. a. O. 247, 253, 259, 264 ff.)

Deutlicher wird die Formel aus den Beispielen. Die Mot. heben namentlich hervor: Prozesse über Real-Servituten für Grundstücke oder an Grundstücken, welche mehreren Miteigenthümern gehören. Hier ist (wenigstens nach der im Röm. Recht herrschenden Anschauung) das Rechtsverhältniß im Sinne der Mot. ein untheilbares, so daß nur ein Urtheil hinsichtlich aller Streitgenossen ergehen kann. [Vgl. Savigny: Syst. d. RR. VI S. 479 ff., Windscheid, Pand. I § 132 Anm. 4–6, Wetzell S. 832, Seuffert Anm. 4a, Hellmann I S. 214, Endemann I S. 331, Sarwey I S. 119, Wach a. a. O. S. 347, Bolgiano S. 161.] Auf andere Fälle weisen die Mot., wie folgt hin:

> „Außer der Untheilbarkeit des streitigen Rechtsverhältnisses kann hierher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören — je nach der Auffassung, welche eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat.“

Vgl. auch Bolgiano S. 157, Prot. z. KO. S. 93 ff., 173 ff. Nach gem. R. hat die Untheilbarkeit des Gegenstandes diese Bedeutung nicht (vgl. v. Amelunxen a. a. O. S. 26 ff., 48, 59, Freudenstein a. a. O. S. 248, 253, 267 ff.). Ob hierher auch die Feststellung einer Korrealschuld im Gegensatz bloßer Solidarschuld (OLG. Hamburg in Seuffert Arch. 40 Nr. 151) gehört (vgl. Seuffert Anm. 4), hängt ganz von dem bürgerlichen Recht ab. Nach preuß. Recht ist die Frage zu verneinen [vgl. ALR. I 5 § 437, 438, 451 ff. A. M. A. Förster Anm. 1a; undeutlich Förster (Eccius) I § 63 Anm. 67 S. 403].

Nach bürgerlichem Recht bestimmt sich auch, ob in den vorstehenden Fällen die Streitgenossenschaft stets eine nothwendige (vgl. §§ 56, 57 Anm. 4) ist (Wetzell S. 832 ff., v. Amelunxen a. a. O. S. 26, Freudenstein a. a. O. S. 237, 267). Die Fassung „aus einem sonstigen Grunde“ ist daher nicht ganz korrekt. (Vgl. auch Fitting § 22 Anm. 8 S. 68, Bolgiano S. 160, Gaupp I S. 204, Wach I S. 523 ff. u. A.)

Der ersten Kategorie gehören insbesondere ferner diejenigen Fälle an, in welchen der Anspruch sich auf eine dergestalt ungetheilte Vermögensmasse bezieht, daß bestimmte Antheile für die Dauer des betreffenden Gemeinsamkeits-Verhältnisses zwar an der gesammten Masse, aber nicht an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen bzw. Rechten unterschieden werden können, der einzelne Theilnehmer also nicht über einen seinem Antheil an der Masse entsprechenden Theil des Streitgegenstandes verfügen darf.

Inwiefern dahin das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft zu zählen ist, hängt davon ab, wie man sich das Verhältniß der Gesellschafter zum Gesellschaftsfonds konstruirt (s. Renaud S. 145, 150, 151, R. Koch in Busch, Arch. f. HR. XVII S. CXXXII ff., Nordd. Prot. S. 637, 775, 1270). Man braucht nicht soweit zu gehen, der offenen Handelsgesellschaft (mit Eccius, Jahresber. d. Jur. Ges. zu Berlin 1884/85 S. 70 ff.) juristische Persönlichkeit — wie der Aktien-Gesellschaft (HGB. Art. 213) — beizulegen, um den § 59 hier unanwendbar erscheinen zu lassen (hiergegen vgl. die neuesten Ausführungen von Laband in Goldschmidt 2c., Zeitschr. f. d. ges. HR. XXX S. 513 ff.). Es genügt, daß die offene Handelsgesellschaft, wie im Rechtsverkehr überhaupt, so auch im Prozesse als eine nach außen hin selbständig auftretende Einheit zu behandeln ist. Die CPO. folgt in dieser Beziehung dem HGB., indem es das Institut der durch Spezialgesetze verliehenen Parteifähigkeit anerkennt (s. §§ 19 Anm. 1, 157 Anm. 4). Es handelt sich daher hier überhaupt nicht um eine Streitgenossenschaft; sondern der Prozeß wird im Namen der Gesellschaft ohne Rücksicht auf den etwaigen Wechsel in den Personen geführt; die Gesellschafter, soweit sie überhaupt zur Vertretung befugt sind, handeln als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (s. auch OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 221, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 492, Seuffert §§ 56, 57 Anm. 6, Petersen §§ 56, 57 I 1, § 59 I 1, Wilm. Levy §§ 56 Anm. 1, 59 Anm. 1, Gaupp I S. 197, Sarwey I S. 116, Kroll a. a. O. S. 129 Anm. 1, 136, 152 ff. u. A.). [Diese Auffassung, welche in neuester Zeit

in der handelsrechtlichen Litteratur an Boden gewinnt (s. Behrend, HR. I S. 524 ff.), ist im Allgemeinen die des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts (ROHG. 6 S. 416, 9 S. 16; 12 S. 261; 20 S. 180, 262; 21 S. 128), obwohl andere Entscheidungen (z. B. 6 S. 108) von einem Litiskonsortium sprechen. Dagegen behandelt das Reichsgericht die Gesellschafter einfach als Streitgenossen (vgl. RG. III S. 57, V S. 55, IX S. 143; derselben Ansicht folgen: Hellmann I S. 215 u. Lehrb. S. 242, Kleiner I S. 318, v. Bülow Anm. 1a, A. Förster Anm. 1a, v. Canstein in Busch, Zeitschr. VIII S. 233, Freudenstein a. a. O. S. 250, v. Amelunxen a. a. O. S. 69, Renaud, Recht d. Kommanditgesellschaften S. 352 ff., 385 ff., welcher letztere jedoch § 59 anwenden will (S. 354 Anm. 15, S. 382), Wach I S. 523 ff. in Konsequenz seiner Auffassung der Parteifähigkeit (vgl. § 19 Anm. 1) und gleichfalls unter Anwendung des § 59.] Die gleichen Grundsätze müssen bei der Kommanditgesellschaft (HGB. Art. 104) und der eingetragenen Genossenschaft (Ges. v. 7. Juli 1868 § 11 — BGBl. S. 415) gelten, sofern die Letztere nicht, gleich der Aktiengesellschaft, als juristische Person anzusehen ist (vgl. Mandry S. 151 ff.). Jedenfalls kann, wenn die Gesellschaft ꝛc. unter ihrer Firma klagt oder verklagt wird, das Rechtsverhältniß im Sinne des § 59 nur einheitlich festgestellt werden.

In derselben Kategorie werden auch die Verhältnisse des Miteigenthums und des Miterbrechts nach Preuß. Recht (wenigstens nach der in der Praxis herrschenden Auffassung) mitergriffen, wenn sie nicht der zweiten Kategorie hinzuzurechnen sind (s. §§ 56, 57 Anm. 4, Nordd. Prot. S. 637 ff., 795 ff., 1270; RG. IX S. 273, ROHG. 11 S. 204, 23 S. 127, Kroll a. a. O. S. 146 ff., A. Förster Anm. 1b, Förster-Eccius I § 63 Anm. 37, S. 395 ff., III § 182, S. 318 ff.). So auch das Verhältniß der Erben zum Testamentsvollstrecker (Seuffert, Arch. 36 Nr. 281; vgl. auch RG. IX S. 211). Anders das Verhältniß der Eheleute an dem Eingebrachten nach preuß. R. (vgl. § 51 Anm. 2. A. M. RG. XIII S. 290 u. die dort angef. Schriftsteller).

Prozeßrechtliche Beispiele der ersten Kategorie s. in §§ 586 Abs. 2, 607 Abs. 3, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2 u. 4. Hierher gehört auch der „Konkurs-Anspruch" (vgl. KO. §§ 134 Abs. 1, 135). (Vgl. über die Streitgenossenschaft im Konkurse: RG. V S. 413 [zu KO. § 134 Abs. 1, 2 u. § 135]; ferner einerseits Schultze: D. deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 17 ff., 57 ff., 67 ff., vor allem S. 104 ff., v. Amelunxen a. a. O. S. 66, v. Canstein in Busch, Zeitschr. VIII S. 235 ff., andererseits Sarwey, Kommentar z. KO. 2. Aufl. § 134 Anm. 5, S. 686, § 135 Anm. 1, S. 692, v. Völderndorff, KO. II S. 345, Hellmann, Lehrb. S. 240 ff. S. auch Mot. z. KO. S. 368 u. Prot. z. KO. S. 92 ff., 173 ff.) Die Streitgenossenschaft ist in diesem Falle zugleich eine nothwendige. Nicht hierher gehören dagegen Anfechtungsklagen auf Grund des Ges. v. 21. Juli 1879 §§ 1, 11 (RGBl. S. 277) gegen den Vertragsgenossen und den Rechtsnachfolger des Schuldners (RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 2 S. 8; vgl. auch ROHG. 10 S. 249 ff.); ebensowenig ohne Weiteres die Fälle der in § 66 bezeichneten Art; es kommt auf das bürgerliche Recht an. (Vgl. §§ 58 Anm. 3, 59 Anm. 2; Sarwey I S. 135, Hellmann I S. 213, 215, Wach a. a. O. S. 347.)

Ueber die Fälle der zweiten Kategorie — die der sog. exc. plurium litisconsortium — vgl. nach gem. Recht Planck a. a. O. S. 394 ff., Wetzell S. 831, Renaud S. 146, Hellmann I S. 216 ff., Freudenstein a. a. O. S. 243 ff., 251 ff., welcher bestreitet, daß es im gem. R. dergleichen Fälle gebe; nach franz. Recht Code civ. art. 1668—1670; wegen des preuß. Rechts und wegen des Begriffs „nothwendige Streitgenossenschaft" überhaupt s. oben §§ 56, 57 Anm. 4, Förster (Eccius) I § 56 S. 329, Kroll a. a. O. S. 142 ff., A. Förster Anm. 1b. Auch in den Fällen aktiver Korrealität ist die Praxis einer Einschränkung der nothwendigen Streitgenossenschaft — im Sinne eines Mangels der Aktiv-Legitimation — geneigt. Zur nothwendigen Streitgenossenschaft gehören die Fälle der Hauptintervention (§ 61 Anm. 3) und der Exekutionsintervention (§ 690 Anm. 6).

Daß auch in diesen Fällen § 59 (u. § 434) anzuwenden ist, leugnen Sarwey I S. 121 ff.

u. v. Amelunxen a. a. O. S. 57 ff.; indessen steht dieser Ansicht nicht blos der Wortlaut, sondern gerade die von letzterem dargestellte Entstehungsgeschichte entgegen (vgl. Nordd. Prot. S. 1040, 1270; s. auch Petersen I § 59 Anm. 1, Seuffert Anm. 4b a. E.). Wegen des § 434 s. das. Anm. 1.

3) Für alle vorbezeichneten Fälle stellt die CPO. ein Prinzip auf, welches die sonst bei Säumniß einzelner Streitgenossen nach § 58 eintretende Verschiedenheit der rechtlichen Folgen beseitigt. Nicht blos bei Versäumung der ersten mündlichen Verhandlung, sondern durch den ganzen Prozeß hin sollen, wenn ein Termin oder eine Frist von einzelnen Streitgenossen versäumt wird (§§ 197 Abs. 2, 295, 296, 298 — nicht auch bei Versäumung einzelner Erklärungen; vgl. z. B. §§ 404, 468), die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten gelten (vgl. Preuß. ALR. I 13 § 120). Die Folge ist, daß, wie R. E. § 95 ausdrücklich hervorhebt, ein Versäumnißurtheil gegen die säumigen Streitgenossen nicht erlassen werden kann, daß vielmehr das auf Grund der Verhandlung mit dem erschienenen Streitgenossen ergehende Urtheil, gleichviel, ob dessen Anführungen dem Nichterschienenen günstig oder nachtheilig sind, stets auch für den letzteren ein kontradiktorisches Urtheil ist (Mot. S. 83). Es gelten also auch — abgesehen von der Anwendung der Kontumazialfolgen — positiv alle in dem Termine bzw. innerhalb der Frist vorgenommenen Prozeßhandlungen und abgegebenen Erklärungen als von den säumigen Streitgenossen gleichfalls ausgegangen, mögen sie diesen vortheilhaft oder nachtheilig sein. Vergleiche, Verzichtleistungen und Anerkenntnisse (mit Wilm. Levy Anm. 4 u. bezüglich des Vergleichs und der Verzichtleistung Kroll a. a. O. S. 159 Anm. 14, bezüglich des Vergleichs allein — weil darauf keine Entscheidung folge — jetzt auch Petersen § 59 II, Seuffert Anm. 3a, A. Förster Anm. 2 a. E.) auszunehmen, besteht kein genügender Grund (s. § 52 Anm.). Auch sie fallen unter den weiteren Begriff von Prozeßhandlungen (so auch v. Amelunxen a. a. O. S. 72), ebenso Einwilligungen in die Klageänderung (OLG. Köln in Busch, Zeitschr. VII S. 95).

Die Vertretung hört auf, sobald der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt.

> „Diese Betheiligung ist ihm jederzeit gestattet, und er ist zu neuen Terminen zu laden, für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei bezw. nach § 60 einer Ladung der anderen Streitgenossen bedarf. Daß auf den säumigen Streitgenossen die §§ 160, 161 Anwendung finden, bedurfte nicht besonderer Hervorhebung." (Mot.)

4) Rechtsmittel werden in den Fällen des § 59 durch Einlegung seitens eines Streitgenossen gewahrt. Besteht die Gemeinschaft auf Seiten des Gegners, so muß allen Streitgenossen gegenüber die Einlegung erfolgen (vgl. § 472 Anm. 5), widrigenfalls das Rechtsmittel als formell unstatthaft zurückzuweisen ist (§ 479). (So das Ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 136, Wilm. Levy § 479 Anm. 1, Barazetti: D. Rechtsmittel d. Berufung u. s. w. S. 62. A. M. Seuffert § 479 Anm. 5, Sarwey § 479 Anm. 2, Gaupp I S. 497, Petersen S. 697, Hellmann, Lehrb. S. 679, u. anscheinend auch RG. XIII S. 408 welche der Berufung nur den materiellen Erfolg versagen.) Indessen ist der Streitgenosse der früheren Instanz an sich nicht auch nothwendig Streitgenosse der Rechtsmittelinstanz.

5) Ist in den Fällen des § 59 keiner der Streitgenossen säumig, so ist zwar nicht von der Vertretung des einen durch den andern die Rede; ebensowenig aber ist der Grundsatz des § 58 streng durchführbar. Die Mot. äußern in dieser Hinsicht:

> „Weitere Schwierigkeiten entstehen, wenn sich die Erklärungen der Streitgenossen widersprechen, wenn z. B. der eine Streitgenosse gesteht, der andere dagegen leugnet, Schwierigkeiten, welche sich noch steigern, wenn es sich um das Beweismittel des Eides handelt. Der Entw. hat, wie bereits bemerkt, den letzteren Fall in § 434 geregelt, während er eine solche Regelung in dem ersteren Falle nicht für nothwendig erachtete. Die konsequente Durchführung der den Entw. beherrschenden Prinzipien fordert, daß die nur von einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache als bestritten gelte, bei der Beurtheilung der Frage aber, ob diese bestrittene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, es der freien

§ 60. Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

N. Entw. § 417. Entw. I. § 59. Entw. II. § 60. Entw. III. § 60. Mot. S. 83, 84. Prot. S. 25.

Dritter Titel. Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 61. Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen

---

Würdigung des Gerichts unterliegen muß, welches Gewicht auf das Geständniß einzelner Streitgenossen zu legen ist (Nordd. Prot. S. 1040)."

[Vgl. §§ 58 Anm. 1 a. E., 261 Anm. 3, 434 Anm. 1—4; Petersen § 59 III, v. Amelunxen a. a. O. S. 73 ff.; Kroll a. a. O. S. 158 ff., Seuffert § 58 Anm. 3 a. E.]

§ 60.

1) Ueber das Betreibungsrecht im Allgemeinen vgl. die allg. Bem. zum 2. Titel des 3. Abschnitts. Wie jeder Partei, so soll dasselbe auch jedem einzelnen Streitgenossen zustehen.

2) Um die gemeinsame Fortsetzung des gemeinsam begonnenen Prozesses, soweit thunlich, zu sichern, ist für alle Fälle, auch den des § 59 (A. M. Sarwey I S. 125) — sofern überhaupt eine Ladung erforderlich (vgl. §§ 195, 301) — vorgeschrieben, daß der betreibende Streitgenosse, wenn er den Gegner ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden müsse. Der Gegner ist in diesem Falle so anzusehen, als wenn er auf Antrag aller Streitgenossen geladen wäre (Nordd. Prot. S. 553). Die erschienenen Streitgenossen können mithin, auch wenn der ladende ausbleibt, gegen den ausbleibenden Gegner für sich (§ 58) und im Falle des § 59 selbst für den ladenden das Versäumnißurtheil beantragen. [Vgl. auch Gaupp I S. 208, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 60 Anm., A. Förster Anm. 2c. Bei der entgegengesetzten Ansicht (Endemann I S. 333) würde die hier bestimmte Ladungspflicht ohne wesentliche Bedeutung sein.] Wird die Vorschrift nicht befolgt, so braucht sich der Gegner nicht einzulassen; ein Versäumnißurtheil kann gegen ihn nicht ergehen, wie er ein solches auch nicht gegen die nicht geladenen Streitgenossen verlangen kann (§ 300 Nr. 2). Die Verpflichtung gilt (abgesehen von der Ladung, durch welche eine neue Instanz eingeleitet wird) auch für die höheren Instanzen, so lange die Streitgenossenschaft fortdauert. (Vgl. § 59 Anm. 4, Hellmann I S. 219, Petersen a. a. O., Endemann I S. 333, Gaupp I S. 208, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Sarwey I S. 125.)

Umgekehrt hat der Gegner selbstverständlich alle Streitgenossen zu laden, widrigenfalls er sich der Vertagung (§ 206) aussetzt und kein Versäumnißurtheil (weder gegen die geladenen noch gegen die nichtgeladenen) erlangen kann. (Vgl. auch Petersen a. a. O., Seuffert a. a. O., Gaupp I S. 207.) Indessen genügt es in letzterer Beziehung, wenn die Ladung seitens des Streitgenossen erfolgt ist (so auch Seuffert Anm. 3.)

Inwiefern der Gegner im Uebrigen gegen einzelne Streitgenossen auch dann ein Urtheil erlangen kann, wenn er andere nicht zugezogen hat, entscheidet sich nach dem bürgerlichen Recht (s. § 59, Nordd. Prot. a. a. O.).

Ob einzelne Streitgenossen, welche sich nicht eingelassen haben, zu den Prozeßkosten beitragen müssen, ist quaestio facti (Prot. S. 25). Im Uebrigen vgl. wegen der Kostenerstattungspflicht § 95. So auch GKG. §§ 91, 92; GO. f. RA. § 51.

Dritter Titel.

Dieser Titel faßt alle Fälle einer „Betheiligung Dritter am Rechtsstreite" zusammen, wobei unter „Betheiligung" ein Auftreten — neben der Hauptpartei — aus eigenem Rechte oder Interesse, also nicht als Vertreter (Titel 1, 4) oder Rechtsnachfolger (Abschn. 3 Tit. 5 u. §§ 236, 237), verstanden wird. Es handelt sich mithin um die Intervention im

Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

N. Entw. § 96. Entw. I. § 60. Entw. II. § 61. Entw. III. § 61. Mot. S. 84, 85. Prot. S. 25.

---

weitesten Sinne, welche bald von freien Stücken [„Hauptintervention" (§§ 61, 62), „Nebenintervention" (§§ 63—68) — technische Ausdrücke des gemeinen Prozeßrechts], bald in Folge einer von der einen oder anderen Partei ergehenden Aufforderung [„Streitverkündung" (§§ 69—71), „Benennung des Auktors" (§ 73)] erfolgt. Vgl. §§ 56, 57 Anm. 5, 72 Anm. 3. Verschieden davon ist die Intervention in der Vollstreckungsinstanz (s. § 690 Anm. 1).

§ 61.

1) Der Gedanke der „Hauptintervention" ist hauptsächlich der, widersprechende und unnütze Entscheidungen zu vermeiden. Trotz mancher Anfechtungen (Renaud S. 444 ff.) ist dieselbe als Institut des Deutschen Prozeßrechts anerkannt (s. Wetzell S. 857 ff., Endemann, Lehrb. § 75, Planck: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 439 ff., J. Weismann: Hauptintervention u. Streitgenossenschaft, Kroll: Klage u. Einrede S. 166 ff., Hellmann, Lehrb. S. 230 ff., Preuß. AGO. I 18). Der Code de procédure kennt zwar nicht den Namen, wohl aber die Sache (vgl. Art. 339—341, 466, 474—479 [tierce-opposition] — Schlink II S. 150 ff.). In der RTK. ist bezeugt, daß im Gebiete des rheinischen wie des gemeinen Rechts von der Hauptintervention häufig bei Ansprüchen aus Grund- und Hypotheken-Verhältnissen, aber auch im Bereiche des Obligationenrechts Gebrauch gemacht werde. Diesem praktischen Bedürfnisse giebt die CPO. in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzen und Entwürfen nach trotz theoretischer Bedenken.

2) Die Voraussetzungen sind: „Wer die Sache" — species oder universitas — „oder das Recht" — also auch Forderungsrechte (vgl. Winter, Erläuterungen z. H. E. S. 27, Hann. Prot. S. 4888 ff., Seuffert Anm. 3b).

— „worüber — ein Rechtsstreit anhängig geworden ist" — d. h. rechtshängig nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 235 Anm. 1; vgl. auch § 63 Anm. 3), also einschließlich der Kompensation (s. Schollmeyer: Kompensationseinrede S. 92 ff. A. M. Seuffert §§ 61, 62 Anm. 3a). [Einen besonderen Begriff der „Anhängigkeit" stellt hier auf Weismann a. a. O. S. 164, stimmt aber sonst im Wesentlichen mit Seuffert überein.] Die Anhängigkeit muß zur Zeit der Erhebung der Interventionsklage bereits vorhanden sein. (A. M. Weismann S. 162.) Sie muß nicht bloß eine thatsächliche, sondern auch eine zu Recht bestehende sein. Wird daher der Hauptprozeß wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung ab instantia abgewiesen, so fällt auch die Hauptintervention hinweg, soweit sie nicht etwa als selbständige Klage begründet ist und zur Zuständigkeit des Gerichts gehört (Seuffert a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 230).

— „ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt" — Hiernach wird die Identität des Streitgegenstandes erfordert (vgl. RG. in Blum Urth. u. Ann. I S. 303); es genügt aber, wenn dieser von dem Intervenienten auch nur theilweise beansprucht wird, z. B. als Miteigenthümer, Miterbe u. dgl. (wonach Manche zwischen „eigentlicher" und „uneigentlicher" Prinzipal-Intervention unterscheiden). Der Anspruch muß also ein solcher sein, daß er die Parteien des Hauptprozesses (nach Weismann: „Erstprozesses") oder doch, wie z. B. bei Forderungen, wenigstens den Kläger ganz oder zum Theil ausschließt (Puchelt I S. 254, Petersen §§ 61, 62 I 3, Sarwey I S. 127 u. A. A. M. Kleiner I S. 325, 326). Eine bloße Feststellungsklage (§ 231) kann aber ebensowohl genügen, als eine Leistungsklage. Die Konstruktion eines besonderen Interventionsanspruchs (Weismann a. a. O.) ist künstlich und entbehrlich. Ob der Anspruch mittelst dinglicher oder persönlicher, mittels einer vermögensrechtlichen oder einer Status-Klage geltend zu machen ist, ist nicht von Erheblichkeit (vgl. Weismann a. a. O. S. 25 ff., Seuffert Anm. 3b). Wer die Streitsache oder den geltend gemachten Anspruch erst nach eingetretener Rechtshängigkeit erwirbt, kann nur mit Zustimmung des Gegners eine Hauptinter-

§ 62. Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

N. Entw. § 97. Entw. I. § 61. Entw. II. § 62. Entw. III. § 62. Mot. S. 84, 85. Prot. S. 25.

vention erheben (§ 236). Eine „Bescheinigung" des Anspruchs (Wetzell S. 858, Planck a. a. O. S. 140) ist nicht erforderlich.

3) Das Wesen der Hauptintervention wird ausgedrückt in den Worten „durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage". Die Passivlegitimation der Parteien des Hauptprozesses wird nicht weiter untersucht. Der letztere selbst begründet ohne Weiteres actio nata für den Intervenienten gegen beide Hauptparteien (s. Wetzell S. 797, Winter a. a. O. S. 26; anders: Hann. PO. § 38, Bayer. PO. Art. 66, Bad. PO. § 107, Renaud S. 444, 445, Endemann, Lehrb. S. 267). Letztere treten dadurch in das Verhältniß von Streitgenossen zu einander (vgl. auch Schultze in Busch, Zeitschr. II S. 72 Anm. 103. A. M. v. Kries: Die Rechtsmittel S. 43 Anm. 20), und zwar ist die Streitgenossenschaft eine nothwendige im Sinne des § 59 (vgl. auch Seuffert §§ 61, 62 Anm. 5, Endemann I S. 336, Sarwey I S. 128, A. Förster Anm. 2b u. A. A. M. Weismann a. a. O. S. 71 ff., 99 ff., Gaupp I S. 210, Wilm. Levy Anm. 1, Kroll a. a. O. S. 137); denn als Hauptintervention kann die Klage eben nur gegen beide Parteien angestellt werden. Wegen der materiellen Wirksamkeit s. jedoch Anm. 4. Für diese eigenthümliche Klage entsteht nun ein besonderer Gerichtsstand (forum connexitatis — vgl. § 34 Anm. 1) bei dem Gericht, welches über den Hauptprozeß in erster Instanz zu entscheiden oder bereits entschieden hat, und zwar auch dann, wenn die betreffende Klage an sich vor einen ausschließlichen Gerichtsstand, z. B. den des § 25, gehört (Bolgiano S. 214, Hellmann a. a. O. S. 231 Anm.*). Auf die sachliche Zuständigkeit kommt es ebensowenig an als auf die örtliche. — Für die Hauptintervention als solche ist der vorliegende Gerichtsstand ein ausschließlicher, aber die Hauptintervention ist eben nur eine Befugniß („ist — berechtigt"). Ist eine gewöhnliche Klage gegen beide Parteien des Hauptprozesses begründet, so kann dieselbe in dem gewöhnlichen Gerichtsstande angestellt werden (Wetzell S. 858).

Der Gerichtsstand, wie die Zulässigkeit der Hauptintervention überhaupt, dauert von Eintritt der Rechtshängigkeit „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits", welcher selbstverständlich Zurücknahme der Klage (§ 243) und Vergleich, sowie, falls bis zum Schlusse der Verhandlung auf ein Urtheil verzichtet wird, Verzicht auf die Klage und Anerkennung des Anspruchs (§§ 277, 278) gleichzustellen sind (vgl. Sarwey I S. 128, Gaupp I S. 211, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Weismann a. a. O. S. 167, 168, Seuffert Anm. 3a a. E.; Petersen §§ 61, 62 II 2 fordert, daß der Verzicht usw. von dem Gegner angenommen ist), nicht, wie N. E. § 96 bestimmt und trotz jener Worte auch Kühne in Gruchot, Beitr. XXIII S. 504 annimmt, noch während der Vollstreckungsinstanz (so auch Nessel das. XXVIII S. 85). Der Dritte behält gleichwohl sein Recht an dem Vollstreckungsgegenstande und kann dasselbe durch Widerspruch und Klage auf dem in §§ 690 u. 710 bezeichneten, von der hier behandelten Hauptintervention verschiedenen Wege geltend machen (vgl. Preuß. AGO. I 24 §§ 75, 76, Wilm.-Levy Anm. 2).

4) Das auf die Hauptintervention ergehende Urtheil ist gegen beide Beklagte (Hauptintervenienten) wirksam. Inwieweit es auch gegen beide vollstreckbar ist, richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles (z. B. dem Besitze der streitigen Sache); in vielen Fällen hat es dem einen Beklagten gegenüber nur den Charakter eines Feststellungsurtheils. Vgl. §§ 73 Abs. 4, 236 Abs. 3.

5) Wegen der Hauptintervention bei der Kammer für Handelssachen vgl. GVG. § 108.

§ 62.

1) Der Interventionsprozeß selbst hat keine Besonderheiten; er ist in materieller und formeller Beziehung selbständig (vgl. Weismann a. a. O. S. 161 ff.), nur daß die Bevollmächtigten der Beklagten außer der des Hauptprozesses keiner besonderen Vollmacht bedürfen (§ 78).

§ 63. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

N. Entw. § 100. Entw. I. § 62. Entw. II. § 63. Entw. III. § 63. Mot. S. 86. Prot. S. 25.

Aus letzterem Umstande läßt sich jedoch nicht schließen, daß die Interventionsklage nicht den Parteien selbst zugestellt werden darf; die Zustellung erfolgt nicht „in einem anhängigen Rechtsstreit" wie § 162 voraussetzt. (A. M. RG. in Blum Urth. u. Ann. I S. 110. Vgl. auch Weismann, a. a. O. S. 173 Anm. 14.) Auch die Zulassung der Hauptintervention als solcher (Interventionsprozeß im engeren Sinne) ist nicht (wie im Falle des § 68) Gegenstand eines „Zwischenstreits", sondern ebenso wie die gewöhnliche Kompetenzfrage zu behandeln, da die Hauptintervention als „Klage" gilt. Dagegen ist die Anbringung der letzteren ein Grund zur Aussetzung des Hauptprozesses (deren Wirkungen s. § 226; über die Aufnahme s. § 227). Jede Partei des letzteren, wie auch der Intervenient, kann diese Aussetzung bei dem Gericht derjenigen Instanz, in welcher der Hauptprozeß gerade anhängig ist, beantragen (vgl. § 225). Aber keiner hat ein Recht, sie zu verlangen. Das Gericht kann den Antrag ablehnen (vgl. auch Weismann a. a. O. S. 175), wie es andrerseits von Amtswegen die Aussetzung oder die Verbindung beider Prozesse anordnen kann (§§ 138, 139; vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 1. A. M. bezüglich der Aussetzung Seuffert Anm. 6a, weil das vorausgesetzte präjudizielle Verhältniß niemals vorhanden sei, was jedoch nicht anzuerkennen ist). Gegen die Entscheidung findet die Beschwerde bzw. sofortige Beschwerde nach Maßgabe des § 229 statt. In dieser Aussetzung und Verbindung liegt ein Hauptinteresse der Hauptintervention.

2) Ergeht im Hauptprozesse früher als in dem Interventionsprozesse ein vollstreckbares Urtheil, so kann die Vollstreckung unbehindert ihren Gang nehmen, wenn der Intervenient nicht nach §§ 796 ff. einen Arrest auf den Streitgegenstand erwirkt hat (anders N. E. § 98), und umgekehrt.

3) Eine sog. gemischte Intervention, bei welcher der Hauptintervenient zugleich als akzessorischer Intervenient behandelt wird (Württ. PO. Art. 94), ist nicht anerkannt (s. auch Wetzell S. 859). Der Intervenient kann sich nur entweder für die eine oder für die andere Art der Intervention entscheiden, ohne daß er die Hauptparteien in dieser Richtung (wie nach Bad. PO. § 115) zu einer Erklärung nöthigen kann. (So auch Gaupp I S. 212. A. M. Petersen § 64 Nr. 4.)

§ 63.

Literatur: Wetzell S. 28 ff., Renaud S. 102 ff., Maxen: Die sog. akzessorische Intervention; Schultze: Die rechtl. Stellung des sog. Nebenintervenienten, in Busch, Zeitschr. II S. 20 ff. (auch besonders erschienen); Francke: Die Nebenparteien der D. CPO. nebst der Rechtskraft Dritten gegenüber. Göttingen 1882. v. Canstein: Die Stellung des Nebenintervenienten nach d. CPO., in Busch, Zeitschr. VIII S. 217 ff., Kroll: Klage u. Einrede S. 170 ff., Hellmann, Lehrb. S. 225 ff., Wach I S. 613 ff.

1) Ueber das Gebiet der Nebenintervention äußern die Mot.:

„Der Nebenintervention gehören im Gegensatz zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Intervenient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachtheilig einwirken könne, und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urtheile zu verhelfen."

Der Nebenintervenient verfolgt also nur den Zweck der Unterstützung einer Partei.

2) — „rechtliches Interesse" — Thatsächliche Vortheile oder Nachtheile genügen, so

§ 64. Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen.

N. Entw. § 101. Entw. I. § 63. Entw. II. § 64. Entw. III. § 64. Mot. S. 86, 87. Prot. S. 25, 26.

---

wenig wie rein menschliche oder freundschaftliche Theilnahme; der Ausgang des Prozesses muß irgendwie auf ein — privatrechtliches, wenn auch nicht vermögensrechtliches — Rechtsverhältniß des Intervenienten vortheilhaft oder nachtheilig einwirken, das Interesse also auf einem Rechtsverhältnisse beruhen. Vgl. auch §§ 231, 271. [Zustimmend Schultze a. a. O. S. 35, OLG. Braunschweig in Seuffert Arch. 37 Nr. 247 u. im Wesentlichen auch Wach I S. 618 ff.] Ob ein solcher Fall vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht. Beispiele: §§ 236 Abs. 2, 740; KO. §§ 29, 135, Genossenschafts-Ges. vom 4. Juli 1868 § 29 Abs. 2 (vgl. darüber Wach I S. 625 Anm. 36) und bei Wetzell S. 47 ff., Sarwey I S. 130, 131, Seuffert Anm. 3 III u. Wach I S. 621 ff., welcher letztere alle Fälle zurückführt auf die drohende Benachtheiligung durch Rechtskraftswirkung, Thatbestandswirkung oder Vollstreckungswirkung des Urtheils. Die einschlagenden Vorschriften des HGB. Art. 194, 195, 236 sind in der Nov. v. 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123) in Rücksicht auf CPO. § 63 weggelassen. Vgl. übrigens § 66 Anm. 1. Wegen d. preuß. Rechts s. Dernburg I S. 138. Ein „eigenes" Interesse (Hann. PO. § 35) ist nicht unbedingt erforderlich (A. M. Schultze a. a. O. S. 34 Anm. 34, Petersen § 63 Nr. 3); ebensowenig ein unmittelbares Interesse. Dagegen genügt ein bloß formales Interesse nicht, vielmehr ist eine benachtheiligende Urtheilswirkung erforderlich (Wach I S. 620). Wie die Mot. bemerken, ist die Gestattung der Nebenintervention in möglichst weitem Umfange für ein entschiedenes Bedürfniß erachtet worden, da die CPO. in dem Geltungskreise weit auseinandergehender Civilrechte gelten soll. (Vgl. Preuß. AGO. I 18 § 2 und Code civ. art. 1166, 1167, Schlink II S. 131, 132.)

— „zwischen anderen Personen" — vgl. Anm. 1; so können einzelne Gesellschafter in Prozessen der offenen Handelsgesellschaft (s. § 59 Anm. 2, RG. V S. 69 ff., Behrend HR. I S. 527, Kroll a. a. O. S. 171. A. M. Wach I 631), einzelne Konkursgläubiger in Prozessen der Konkursverwalter (Petersen KO. S. 102 u. in Busch, Zeitschr. IX S. 66, Förster (Eccius) I S. 609 Anm. 34 u. A. A. M. Schultze D. KR. S. 68, Seuffert Anm. 3 II u. A.) interveniren, nicht der Vertretene in Prozessen seines gesetzlichen Vertreters oder Prozeßbevollmächtigten.

— „anhängige Rechtsstreit" — vgl. § 235. Ein solcher ist nicht die Zwangsvollstreckung, abgesehen von den innerhalb derselben vorkommenden selbständigen Prozessen, das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren, weil über einen civilrechtlichen Anspruch nicht gestritten wird, und die Entscheidung dieser auf das Recht eines Dritten keinen Einfluß hat (Seuffert Anm. 3 I; in den Gründen abweichend Francke a. a. O. S. 4 u. Wilm.-Levy Anm. 1. A. M. Wach I S. 632).

3) Der Nebenintervenient kann den Zeitpunkt seines Eintritts in den anhängigen Prozeß bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits (vgl. § 61 Anm. 3) frei wählen. Ist bereits ein Urtheil ergangen, und hat die Hauptpartei noch kein Rechtsmittel eingelegt, so kann letzteres selbständig seitens des Nebenintervenienten innerhalb der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit dem Beitritt als Nebenintervenient geschehen. (So auch OLG. Karlsruhe in Seuffert Arch. 39 Nr. 137, Endemann I S. 339, Gaupp I S. 217, jetzt auch Seuffert § 64 Anm. 2d, § 472 Anm. 2b u. A.) Vgl. jedoch § 64 Anm. 1.

§ 64.

1) Hinsichtlich der Stellung des Nebenintervenienten gilt das Prinzip der Unselbständigkeit. Das eigentliche Prozeßsubjekt bleibt immer die Hauptpartei; der Intervenient dient ihren Zwecken und ist nur in der Wahl der Mittel frei (Wetzell S. 51). In Ansehung des

---

Prozeßbetriebs gilt er als Streitgenosse der Hauptpartei (N. C. § 105); d. h. er wird wie ein solcher geladen („im Hauptverfahren zugezogen" — § 68 Abs. 3) und hat ein selbständiges Betreibungsrecht (s. § 60). Dagegen ist materiell, wie die Mot. sich ausdrücken, seine Stellung die eines Beistandes (§ 86) der Hauptpartei, neben welcher er, event. durch einen besonderen Prozeßbevollmächtigten, für den er auch Anspruch auf Kostenerstattung nach § 87 hat (RG. XIII S. 433), handeln darf (causae adesse). Soweit die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts (§ 67) es zuläßt, kann der Nebenintervenient ebenso wie die Hauptpartei handeln (als Quasiprokurator; vgl. Hann. Prot. III S. 754 ff.) — eine besondere Art der Vertretung im Prozesse, mitten inne zwischen gesetzlicher Vertretung und Vollmachtsverhältniß (vgl. Schultze a. a. O. S. 47 ff. A. M. Wach I S. 614 ff., 637 ff., welcher jede Vertretung verwirft und den Nebenintervenienten als Gehülfen der Partei zu eigenem Recht bezeichnet). Eine Widerklage kann er freilich nicht anstellen, auch nicht die des § 253, weil die Nebenintervention nur auf einen bereits anhängigen Rechtsstreit (§ 63) sich bezieht und der Zweck des Instituts, die Unterstützung der Hauptpartei behufs Obsiegens derselben in dem anhängigen Prozesse, nicht zutrifft (vgl. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 78 Anm. 99, Sarwey I S. 132, Wach I S. 641, A. M. Hellmann I S. 146). Auch Kompensationseinreden auf Grund eigener Forderungen oder auf Grund von Forderungen der Hauptpartei darf er nicht anbringen (s. Schollmeyer, Kompensationseinrede S. 87 ff. A. M. Seuffert Anm. 2c); das materielle Wesen der Kompensation erfordert eine Erklärung der Hauptpartei. Dagegen kann er im Uebrigen vom prozessualischen Standpunkte aus alles für die Hauptpartei geltend machen; [z. B. kann der intervenirende Cessionar geltend machen, daß die Cession wegen der Klage gegen den Cedenten unbegründet sei (RG. XI S. 361)]; alle Prozeßhandlungen wirksam für sie vornehmen (Wach I S. 643), also auch Eide zuschieben und zurückschieben oder andere Beweismittel nach § 418 geltend machen (Schultze a. a. O. S. 90, RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1053 u. in Blum, Urth. u. Anm. II S. 426. A. M. v. Canstein a. a. O. S. 251, welcher darin ein bedingtes Geständniß erblickt) und (anders als ein bloßer Beistand — § 86 Anm. 2), durch sein Erscheinen das Versäumnißurtheil wider sie abwenden, da er hierdurch nicht nothwendig mit dem Verhalten der letzteren in Widerspruch geräth. (So auch RG. in Blum, Ann. IV S. 325, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 37 Nr. 338, Francke a. a. O. S. 116 ff., v. Canstein a. a. O. S. 243, 250, Wach I S. 640, Hellmann I S. 232, Wilm. Levy Anm. 1, Schultze a. a. O. S. 20 ff., namentlich S. 88 ff., jetzt auch Petersen § 64 Nr. 2 und Seuffert Anm. 2 f. u. A. A. M.: Siebenhaar S. 114, Kleiner I S. 339, 340, Gaupp I S. 219, Sarwey I S. 133.)

Dagegen kann er die Hauptpartei nicht durch Geständnisse oder Versäumung wider ihren Willen benachtheiligen; stets gehen seinen Erklärungen und Handlungen die der Hauptpartei vor. (Vgl. Wetzell a. a. O., Renaud S. 112, Endemann Lehrb. S. 272. Gegen diese unter dem Einfluß der Abh. von Mayen in Zeitschr. f. Civilproz. N. F. XXI S. 325 ff. aufgenommene Schranke s. Schultze a. a. O. S. 56 ff., 92 ff. Vgl. aber Heyßler in Grünhut, Zeitschr. VIII S. 324 ff., Schollmeyer: Zwischenstreit S. 95 Anm. 3.) Indessen muß der Widerspruch, um wirksam zu sein, durch eine positive Handlung — wenn gleich nicht ausdrückliche Erklärung — des Intervenienten zum Ausdruck gelangen (Schultze a. a. O. S. 73, 82, 96, v. Canstein a. a. O. S. 243, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 3b) und zu einer Zeit erfolgen, in welcher für die Erklärung noch Raum ist (Wach I S. 642). Auch ein von dem Intervenienten eingelegtes Rechtsmittel oder der Einspruch ist daher dem Verzicht oder der Zurücknahme seitens der Hauptpartei gegenüber unwirksam. Als Verzicht gilt aber nicht schon die Nichteinlegung innerhalb der Nothfrist [Hellmann I S. 232, Sarwey I S. 133, Bolgiano S. 229 Anm. 7, u. A., jetzt auch Seuffert Anm. 2d (s. oben § 63 Anm. 3) u. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1144 sowie verschiedene OLG. in Busch, Zeitschr. IV S. 455, VI S. 480, VII S. 836], welche übrigens von der Zustellung des Urtheils an die Hauptpartei ab läuft (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1065, XXIX S. 1053, OLG. Rostock in Seuffert Arch. 40 Nr. 56; abweichend Wach I S. 644 Anm. 22); anders im Falle des § 66 hinsichtlich der als Streitgenosse

§ 65. Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel,

---

geltenden Intervenienten (Ob.LG. f. Bayern in Seuffert Arch. 39 Nr. 136). Zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich 2c. (vgl. 77) ist folgerecht der Intervenient auch ohne ausdrücklichen Widerspruch der Hauptpartei nicht berechtigt (vgl. Sarwey I S. 132 u. mit bedenklicher Begründung Schultze a. a. O. S. 90, 91, Wilm. Levy Anm. 1, Wach I S. 641 u. A.). Ueber andere Folgen des Prinzips s. §§ 96, 414, 415 im Vergleich mit § 438 und § 386 Anm. 2.

2) Selbstverständlich kann die Hauptpartei sich passiv verhalten und dem Nebenintervenienten die Fortsetzung des Prozesses, z. B. den Streit über die Aktiv-Legitimation (RG. X S. 379) oder die Einwendung von Rechtsmitteln, überlassen. (Ein Zusatz, der dies ausdrücklich festsetzte, ist von der RTK. abgelehnt.) Auch zur Durchführung des von ihm eingelegten Rechtsmittels bedarf der Nebenintervenient durchaus nicht der Zustimmung der Hauptpartei (s. Schultze a. a. O. S. 26, 88 ff.) Er gilt in dieser Hinsicht als Vertreter, so lange er nicht verleugnet wird. Dagegen kann die vollständige Uebernahme des Prozesses an Stelle der Hauptpartei, so daß diese gänzlich ausscheidet, nur mit Zustimmung aller Theile erfolgen (§ 236 Abs. 2, Hellmann I S. 233, 234, Gaupp I S. 219, Petersen § 64 Nr. 3, Bolgiano S. 231, Seuffert Anm. 5, Hann. PO. § 36, Württ. PO. Art. 98; anders: Preuß. AGO. I 17 § 29, Code de proc. art. 182). Ebensowenig darf der Nebenintervenient gegen den Willen des Gegners als Hauptpartei neben der Partei, welcher er assistirt, in den Prozeß eintreten (vgl. Bad. PO. § 114 Nr. 1; Preuß. AGO. a. a. O. und I 18 § 9). Wegen des (Singular-)Rechtsnachfolgers s. §§ 236, 237.

§ 65.

1) Im Interesse der Rechtseinheit wird hier (wie schon in der Preuß. AGO. I 17 § 19) über den Bereich des Prozeßrechts hinaus gemeinsames materielles Recht geschaffen. Wiewohl das im Hauptprozeß ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß zwischen den Hauptparteien entscheidet und gegen den Intervenienten niemals vollstreckt werden kann, soll diese Entscheidung doch auch für das Rechtsverhältniß zwischen dem Intervenienten und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist, maßgebend sein, z. B. wenn in einem von dem Einen oder Anderen geführten Regreßprozesse sich die Hauptpartei auf den Inhalt jener Entscheidung beruft. Von dem Verhältnisse zum Gegner handeln die §§ 64 u. 66. (Vgl. Wach I S. 644 ff.)

2) — „daß der Rechtsstreit unrichtig entschieden sei" — nämlich aus Irrthum des Gerichts. Ob der Intervenient noch rechtzeitig eine andere Entscheidung hätte herbeiführen können, ist hier gleichgültig. Dagegen bezieht sich der Rechtssatz nur auf die Gestalt des Rechtsstreits, in welcher er dem Richter vorgelegen hat. Kann der Intervenient darthun, daß z. B. eine anders gestellte Klage besseren Erfolg gehabt haben würde, so ist das Erkenntniß nicht maßgebend.

3) Die „Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe" (sog. exceptio mali processus) ist nur in wenigen Fällen zulässig, welche meistens auf dolus und culpa lata der Hauptpartei hinauslaufen.

— „durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts" — vgl. § 64. Auf die mangelhafte Prozeßführung aus der Zeit vor seinem Beitritt (§ 67) kann er insoweit sich berufen, als er die betreffenden Prozeßhandlungen (z. B. wegen eines dazwischen fallenden Zwischenurtheils) in dem Stadium nach seinem Beitritt nicht mehr nachholen konnte.

— „Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei" — z. B. Zurücknahme eines vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels.

welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

N. Entw. § 102. Entw. I. § 64. Entw. II. § 65. Entw. III. § 65. Mot. S. 87, 88. Prot. S. 26.

§ 66. Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des §. 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

N. Entw. § 103. Entw. I. §. 65. Entw. II. § 66. Entw. III. § 66. Mot. S. 88. Prot. S. 26.

„Angriffs- und Vertheidigungsmittel" — d. h. hier Rechtsbehelfe im weitesten Umfange, auch Rechtsmittel (A. M. Gaupp I S. 222, wenn die Partei nicht zugleich an der Benutzung von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln im engeren Sinne dadurch verhindert ist u. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 47; vgl. jedoch Endemann I S. 343, Seuffert Anm. 2b; auch ohne neue Mittel dieser Art konnte ja anders entschieden werden) und Beweismittel. Vgl. § 91 Anm. 1, §§ 136, 137 Anm. 2.

4) § 65 gilt auch im Falle der Streitverkündung, jedoch mit der im § 71 Abs. 3 ausgesprochenen Abweichung. Ein allgemeiner Satz, daß der Nebenintervenient die Versäumung der Streitverkündung nicht geltend machen dürfe (Bad. PO. § 113, P. E. § 733), ist nicht aufgenommen, weil er theils selbstverständlich, theils nicht unbedingt richtig ist. Denn er gilt nicht für die Zeit vor dem Eintritt des Nebenintervenienten und ebensowenig im Falle seines späteren freiwilligen Ausscheidens vor dem Urtheil (Petersen § 65 Nr. 2. A. M. Puchelt I S. 264, Wilm. Levy Anm. 2).

5) Es geht schon aus der Fassung des § 65 („mit der Behauptung — nur insoweit gehört") hervor und entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast, daß der Nebenintervenient den Beweis seiner desfallsigen Behauptungen zu führen hat.

§ 66.

1) Die Mot. bemerken:

„Abweichend werden die in den §§ 64 65 geregelten Fragen durch den § 66 geordnet, insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft ꝛc. (wie im Text) von Wirksamkeit ist. — — Es gehören unter diesen Paragraphen die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse begriffenen Partei bedingt ist (Leonhardt CPO. S. 46 Anm. 3). Ein Beispiel geben L. 50 § 1 D. de legatis I L. 14 D. de appell. 49, 1 (vgl. Wetzell ed. II S. 523) und das Preuß. ALR. I, 12 § 298 für einen Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem Ersteren der Legatar beitritt."

[Ueber diese Fälle einer über die Hauptparteien hinaus auf den Nebenintervenienten sich erstreckenden Rechtskraft s. Savigny, Syst. d. RR. VI S. 468 ff., Windscheid, Pand. I § 132; Pfizer in Behrend, Zeitschr. VII S. 454ff., Freudenstein, Rechtskraft S. 214 ff., Endemann, Lehrb. S. 270, 272, 559 ff., Hellmann, Lehrb. S. 225 ff., 237 ff., Mandry S. 256. Theilweise abweichende Ansichten hinsichtlich der in den Mot. bezeichneten gemeinrechtlichen Fälle entwickeln jedoch Schultze a. a. O. S. 95 Anm. 139, Francke a. a. O. S. 56, 99, Wach I S. 646 ff. Wegen des preuß. Rechts vgl.: Koch, Preuß. Privatrecht I § 200, Förster (Eccius) I § 56 S. 323, 324, 329 u. Dernburg I § 138 S. 314 ff., sowie A. Förster Anm. 1; u. hinsichtlich des franz. Rechts Petersen § 66 Nr. 1.] Die Gruppe ist nicht sehr reichhaltig, der Rechtsnachfolger ist noch besonders ausgenommen (§ 236 Abs. 2). Indessen ist hierher die Intervention von Aktionären in den Fällen der Art. 194, 195 226 (jetzt 223) d. HGB. bzw. d. Nov. v. 18. Juli 1884 u. von Genossenschaftern im Falle des Genossenschafts-Ges. v. 4. Juli 1868 § 29 zu rechnen (s. Schultze a. a. O. S. 95 Anm. 139, v. Canstein a. a. O. S. 229 ff. A. M. Francke a. a. O. S. 98). Anders der im Prozesse der Handelsgesellschaft intervenirende Gesellschafter (vgl. ROHG. 20 S. 180, 21

§ 67. Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits;
2. die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat;
3. die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

N. Entw. § 104. Entw. I. — Entw. II. — Entw. III. — Mot. S. 86. Prot. S. 26, 512.

S. 128. A. M. RG. III S. 57, v. Hahn, Komm. z. HGB. 3. Aufl. I S. 406 u. A.; vgl. § 59 Anm 2). Aus dem Konkursrecht fallen unter § 66 die Interventionen von Konkursgläubigern in Anfechtungsprozessen des Konkursverwalters (KO. § 29) und in den Feststellungs- bzw. Widerspruchs-Prozessen wegen streitiger Konkursforderungen (§§ 134, 135 das.). Fälle aus dem Gebiet der Civilprozeßordnung selbst (prozessualische Fälle) s. in §§ 740 Anm. 4, 753 Abs. 4; hierher gehört auch die Intervention im Falle der Ueberweisung einer rechtshängigen Forderung nach § 736 (Ob.LG. f. Bayern in Seuffert Arch. 39 Nr. 136). Anders bei bloßer Pfändung (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1053).

§ 66 handelt von dem Verhältniß des Intervenienten zum Gegner und enthält eine Ausnahme von § 64, berührt aber nothwendigerweise mittelbar auch das Gebiet des § 65 (vgl. Wilm. Levy Anm. 1 a. E.).

2) Die Bestimmung „gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei" ist in ihrer Bedeutung nicht zweifellos. Die Mot. bemerken:

„In diesen Fällen darf der Nebenintervenient, wie die L. 14 pr. Dig. de appell. (49,1) sagt, nicht nur causae adesse, sondern auch causam agere, er steht dem Gegner nach § 58 selbständig als Einzelner gegenüber (vgl. Hess. Entw. Art. 92, Preuß. Entw. § 723, Württemb. Art. 99, Nordd. Entw. § 103)."

Ist das Allegat des § 58 aber nicht unrichtig und die Vergleichung mit der Streitgenossenschaft nicht unpassend, so läßt sich der Sinn des § 66 nicht (mit Schultze a. a. O. S. 95 ff., v. Amelunxen: D. nothw. Streitgenossenschaft S. 76, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 78, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 95, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2 u. A.) darauf beschränken, daß der Intervenient in diesen Fällen als Vertreter der Hauptpartei wirke und nur (anders als nach § 64) durch deren Widerspruch nicht behindert sei. Allerdings ist er nicht Streitgenosse, sondern gilt nur als solcher im Sinne des § 58, so daß es eben auf den Widerspruch der Hauptpartei nicht ankommt (s. RG. in Seuffert Arch. 39 Nr. 341 a. E.). Er kann daher, abgesehen von den Kosten (§§ 95, 96), eine Verurtheilung weder erwirken noch selbst erfahren und den Umfang des Rechtsstreits weder durch Anträge nach § 253 noch durch Widerklage erweitern (s. Francke a. a. O. S. 113, Wach I S. 648 ff. A. M. v. Canstein a. a. O. S. 225 ff., 252, Hellmann, Lehrb. S. 238, 441, 452, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 66 Nr. 2). Im Uebrigen aber kommen neben dem allein im Gesetze den § 66 allegirten § 414 auch die sonstigen Vorschriften von der Streitgenossenschaft auf den Intervenienten des § 66 zur Anwendung, je nach Lage der Sache und den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, namentlich auch der § 59, da § 58 nothwendig dahin führen würde, daß die Entscheidung, welche das Rechtsverhältniß des „Streitgenossen" feststellt, eine andere sein kann, als die über das Verhältniß der Hauptpartei. [Vgl. auch Wach I S. 651 a. E., Endemann I S. 344, Sarwey I S. 315, Wilm.-Levy Anm. 1 Nr. 2, Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 387, Kroll a. a. O. S. 180 ff., Freudenstein a. a. O. S. 231, 245, 277, welcher Letztere freilich mit Unrecht den § 59 in den Fällen des § 66 für unnöthig hält.]

Wegen des Zwischenstreits im Falle des § 66 s. Schollmeyer a. a. O. S. 94 ff.

§ 67.

1) Die Entwürfe enthielten keine Vorschriften über die Formen, in welchen die Neheninter-

§ 68. Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

N. Entw. § 106. Entw. I. § 66. Entw. II. § 67. Entw. III. § 67. Mot. S. 88. Prot. S. 26.

---

vention angebracht wird. Die Mot. verweisen auf allgemeine Grundsätze. Indessen wurde schon in erster Lesung von der RTK. (auf Antrag des Abg. Struckmann) die Ausfüllung der Lücke beschlossen. In zweiter Lesung erklärte sich die RTK. (nach dem Muster des PE. u. NE.) für die Form eines Schriftsatzes, wodurch zugleich der Fall, daß die Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels erklärt wird, berücksichtigt ist.

2) Die kategorischen Erfordernisse („muß") unter Nr. 1—3 entsprechen dem § 63 in Verbindung mit den §§ 230, 479, 515. Die „allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze" s. in den §§ 121—124. In Anwaltsprozessen (§ 74) unterliegt der Schriftsatz dem Anwaltszwange. Im Verfahren vor den Amtsgerichten kann die Intervention zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 457, 458, 462). Auf die Rüge des Fehlens oder der Mangelhaftigkeit des zugestellten Schriftsatzes kann auch stillschweigend nach § 267 verzichtet werden (s. auch Francke a. a. O. S. 77 ff., Seuffert Anm. 2, Wach I S. 633, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 59. A. M. Wilm. Levy Anm. 1). Vgl. auch § 68 Anm. 1, 2.

3) Der Schriftsatz ist beiden Parteien zuzustellen (vgl. § 68 Abs. 1: „unter den Parteien", OLG. Hamburg a. a. O.) [Vgl. § 156; Hacke, Form und Inhalt der Parteischriften. Berlin 1878. S. 7, welcher mit Unrecht eine Ladung für wesentlich zu halten scheint.]

§ 68.

1) Widerspricht keine der Parteien dem Beitritt, so wird der Nebenintervenient bei dem späteren Verfahren vom Gerichte zugelassen. Eine Offizialprüfung der Zulässigkeit findet auch hier nicht statt. (So auch Petersen § 68 Nr. 2, Endemann I S. 346, Gaupp I S. 225, Wach I S. 633 u. A. A. M. zum Theil Hellmann I S. 238, welcher daraus, daß der Beitritt durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen muß, mit Unrecht schließt, daß das Gericht von Amtswegen die ordnungsmäßige Zustellung zu prüfen habe.) Beantragt dagegen eine der Parteien die Zurückweisung, so wird darüber im Wege des prozessualischen Zwischenstreits (vgl. § 119 Anm. 4a, § 275 Anm. 1b) verhandelt, wobei außer dem Nebenintervenienten nicht blos der Antragsteller, sondern auch dessen Prozeßgegner zugezogen wird („unter den Parteien"). Eine Vertretung einer Hauptpartei durch die Nebenintervenienten findet hier nicht statt (OLG. Hamburg in Seuffert Arch. 41 Nr. 59). Der Antrag ist im Anwaltsprozesse zu verlesen (§ 269 Anm. 1). (So auch Wach I S. 634, Francke a. a. O. S. 52, Wilm. Levy Anm. 1. A. M.: Gaupp I S. 226, Seuffert Anm. 1, weil § 269 nicht die Anträge im Zwischenstreit betreffe.) Gegen das ergehende Zwischenurtheil (vgl. §§ 126, 275 Anm. 2, 312, 352) ist zur Vermeidung formeller Schwierigkeiten (Hann. Prot. X S. 3863) nur die sofortige Beschwerde zugelassen. Wegen der Zurückweisung steht dieselbe nur dem Intervenienten zu. Ueber den Fall, wenn über die Zulassung zugleich mit der Hauptsache entschieden wird s. RG. X S. 339.

Ueber den Kostenpunkt s. § 96 Anm. 1. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 27 Nr. 1, 39, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 2.

2) Der Antrag auf Zurückweisung ist an keine Zeitgrenze gebunden (anders N. E. § 106: nur bis zum Schluß der ersten mündlichen Verhandlung nach Zustellung der Nebenintervention; vgl. auch Puchelt I S. 268). Indessen können die Parteien selbstverständlich durch Einlassung mit dem Intervenienten auf das Zurückweisungsrecht verzichten (§ 267; Petersen § 68 Nr. 3, S. 133, 134, Gaupp I S. 225, 226, Bolgiano S. 230, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Wach I, welcher nur eine durch Gegenbeweis zu widerlegende Vermuthung des Verzichts annimmt).

§ 69. Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

N. Entw. §§ 107, 112. Entw. I. § 67. Entw. II. § 68. Entw. III. § 68. Mot. S. 89, 90. Prot. S. 26.

Der Intervenient wird zugezogen, bis die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig feststeht (Abs. 3), also auch, solange ein Abweisungsantrag überhaupt nicht angebracht ist. Die Parteien bzw. das Gericht (soweit dies von Amtswegen ladet) haben somit die Verpflichtung, den Intervenienten wie einen Streitgenossen zu laden (§ 60), während dem Intervenienten selbst eine solche Verpflichtung nicht obliegt. (Vgl. auch Wach I S. 643.) Der Prozeß darf durch die Intervention nicht aufgehalten werden (s. Mot. § 70 Anm. 3). Die Prozeßhandlungen des Intervenienten werden durch die Zurückweisung desselben bedeutungslos, insofern sie nicht die Hauptpartei durch Genehmigung zu den ihrigen macht (vgl. auch Seuffert Anm. 3, Wach I S. 636. A. M. A. Förster Anm. 4 wegen § 64).

3) Das Urtheil des Gerichts hängt davon ab, daß der Nebenintervenient sein Interesse, wenn nöthig (vgl. z. B. RG. X S. 114), glaubhaft macht (§ 266). Eine besondere Vollmacht ist nicht erforderlich (§ 78 Anm. 2); [s. Wetzell S. 50, Seuffert Anm. 1c, A. Förster Anm. 1]. Dadurch, daß der Intervent der Zulassung widerspricht, wird das Interesse des Intervenienten keineswegs ausgeschlossen (wie v. Canstein a. a. O. S. 242, 249, 250 annimmt); dasselbe beschränkt sich nicht auf die exc. mali processus (§ 65), und aus jenem Widerspruch ist nicht zu schließen, daß der Intervent demnächst auch jeder Thätigkeit des Intervenienten im Prozesse widersprechen werde (vgl. auch Schultze a. a. O. S. 92, Hellmann Lehrb. S. 227).

§ 69.

Literatur: Für d. gem. R. s. Wetzell S. 52 ff., Renaud S. 115, Endemann Lehrb. § 77, Fuchs: Die Lehre von der Litisdenunziation. Marburg 1856; für die CPO. Bolgiano S. 233, Wach I S. 653 ff., Francke, Nebenparteien S. 74 ff., Kroll, Klage u. Einrede S. 182 ff.

1) „Eine Partei — besorgt" — nicht blos der Beklagte, sondern auch der Kläger, z. B. der gegen den debitor cessus klagende Zessionar im Verhältnisse zum Zedenten, der angebliche Mandatar zu dem falsus procurator 2c. Die Voraussetzungen der Streitverkündung (litis denunciatio) sind hier (nach Vorgang des P. E. § 732 u. N. E. § 107) weiter als in den neueren Prozeßordnungen (Hann. PO. § 41 2c.) gefaßt. Die Hauptfälle bleiben allerdings die eines Regreßanspruchs gegen Dritte, welcher von dem Ausgange des Prozesses abhängig ist. Hierzu treten aber die Fälle, in denen die Partei beim Unterliegen „den Anspruch eines Dritten besorgt." Ueber die letztere Gruppe bemerken die Mot.:

> „In diese Kategorie gehören beispielsweise die zahlreichen Fälle aus dem Gebiete des Handelsrechts, insbesondere der Kommission, der Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung 2c., in denen ein Prozeß auf Gefahr und Rechnung eines Dritten geführt wird."

Vgl. HGB. Art. 370, 384, 402. (Ohne Grund hält diese Kategorie für bedeutungslos Seuffert Anm. 3b. S. dagegen Wach I S. 654 Anm. 2.) — Auch der Nebenintervenient kann den Streit verkünden; desgleichen der Widerkläger, der Widerbeklagte, der Beklagte, welcher eine Gegenforderung erhebt, mit Rücksicht auf diese (s. Schollmeyer, Kompensationseinrede S. 94 ff.).

— „glaubt — besorgt" — Es kommt also für die Streitverkündung lediglich auf die Meinung der Partei an. Daraus folgt aber nicht, daß nicht der Gegner des Streitverkünders nach § 71 der Intervention des Litisdenunciaten widersprechen darf (Francke a. a. O. S. 74 ff., Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 2, Wach I S. 659 u. A.). Vgl. § 71 Anm. 3.

2) — „kann — verkünden" — Wann eine Partei zur Streitverkündung verpflichtet ist, bestimmt — abgesehen von dem Falle des § 740 — das bürgerliche Recht (N. E. § 123). (Vgl. z. B. L. 53 § 1, L. 63 § 1 D. de evict. (21, 2), L. 8. 20 Cod. de evict. (8, 46), Entsch. d.

§ 70. Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

N. Entw. §§ 113, 114. Entw. I. § 88. Entw. II. § 69. Entw. III. § 69. Mot. S. 90. Prot. S. 26.

---

preuß. OT. 78 S. 120, Windscheid, Pand. II § 391, Bolgiano S. 234 ff., Seuffert Anm. 5, Code civ. art. 1640, Preuß. ALR. I 11 § 143, 16 §§ 285, 286, Förster-Eccius I § 86 S. 581 ff., § 95 S. 606, II § 144 Anm. 84, S. 430 (die im ALR. § 311 I 14 erwähnte Vorladung ist keine Streitverkündung), Dernburg II §§ 148, 245, Kroll a. a. O. S. 184 ff., A. Förster Anm. 4, Wach I S. 629, 655); ebenso die Folgen der Unterlassung — und abgesehen von § 71 Abs. 3 — auch der Verspätung. Wegen Unterbrechung der aufhebenden Verjährung s. § 239 Anm. 1.

Die CPO. ertheilt hier nur die Berechtigung, in den bezeichneten Fällen eines dringenden Anlasses zur Nebenintervention den Dritten zum Beitritt als Nebenintervenient ausdrücklich aufzufordern; sie normirt die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der Streitverkündung. Vgl. § 65 Anm. 4.

3) — „gerichtlich" — d. h. nach § 70 und mit den Wirkungen der §§ 71 ff. Es ist nicht ausgeschlossen, daß nach dem bürgerlichen Recht die Litisdenunziation mit gleicher Wirkung auch außergerichtlich geschieht (s. Wetzell S. 53, Hellmann I S. 244, Sarwey I S. 138, Gaupp I S. 229, jetzt auch Seuffert § 70 Anm. 1 u. A.). Aber die außergerichtliche Streitverkündung ist kein Institut des deutschen Prozesses.

4) — „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits" — also auch in höherer und selbst in dritter Instanz; vgl. §§ 616 Anm. 3, 63 Anm. 3. (A. M. ohne Grund Siebenhaar S. 120 für die Revisionsinstanz.)

5) Abs. 2: Diese Berechtigung des Litisdenunziaten entspricht dem bisher geltenden Rechte. Sie hängt nicht davon ab, daß er dem Prozesse beitritt (Mot. S. 90).

6) Das Institut der Rückklage (Garantieklage) — Verbindung der Klage auf Gewährleistung oder Schadloshaltung mit der Streitverkündung (N. E. § 117—121, Bayer. PO. Art. 69—72) — ist in die CPO. nicht aufgenommen, da dieses dem französischen Recht (Code civ. art. 1040, Code de proc. art. 175 sq.) eigenthümliche Institut theoretisch nicht zu rechtfertigen sei, den deutschen Rechtsanschauungen widerstreite und durch überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit nicht unterstützt werde (Mot. S. 93—95, vgl. auch Hann. Prot. III S. 812 ff., 922 ff., XIV 5167 ff., Wach I S. 655 Anm. 17 u. S. 657 u. die dort angeführte Literatur).

§ 70.

1) § 70 bestimmt die (wesentliche) Form der „gerichtlichen" Streitverkündung. Die nicht unbedingt, sondern nur vorbehaltlich der freien Beurtheilung des Gerichts nach Maßgabe des Zwecks der Streitverkündung in dem späteren Prozesse („anzugeben ist" — weder „muß" noch „soll") geforderten Bestandtheile des Schriftsatzes, im Parteiprozesse auch des Protokolls (s. § 462 Anm. 2) geben dem Litisdenunziaten neben der Einsicht der Akten (§ 271 Abs. 2) die erforderliche Information. Die §§ 120—124 kommen hier nicht zur Anwendung; § 67 Abs. 2 ist nicht wiederholt. Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei (§ 124) ist somit nicht erforderlich; nur der Gegner erhält Abschrift des Schriftsatzes (Abs. 2). [So auch Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 70 Nr. 1, Kleiner I S. 357, jetzt auch Seuffert Anm. 2. A. M. Hellmann I S. 245, welcher die „allgemeinen Erfordernisse der Schriftsätze" anwenden will, auch Gaupp I S. 230.] Mittheilung der bisherigen Prozeßverhandlungen (wie nach Preuß. AGO. I 17 § 16, Hann. PO. § 41, PE. § 41) und Entscheidungen ist nicht vorgeschrieben, vielmehr nur die Angabe der Lage des Rechtsstreits, also ob die mündliche Verhandlung schon stattgefunden hat, wann dieselbe stattfindet, u. s. w. Einer Ladung zur mündlichen Verhandlung behufs Erklärung über die Betheiligung am Prozesse bedarf es nicht (s. RG. IV S. 363).

§ 71. Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältniß zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des §. 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

N Entw. §§ 108–110. Entw. I. § 69. Entw. II. § 70. Entw. III. § 70. Mot. S. 90–92. Prot. S. 26–29.

Die Zustellung (§ 156) muß nöthigenfalls — anders als im Falle des § 740 — auch im Auslande bzw. öffentlich erfolgen.

Der Schriftsatz unterliegt in anderen als Parteiprozessen dem Anwaltszwang (§ 74). Wegen der Streitverkündung im Parteiprozesse s. § 462 a. E.

2) Abs. 2: nämlich durch den Streitverkünder (N. E. § 114).

3) Wegen Bestimmung und etwaiger Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache mit Rücksicht auf eine geschehene Streitverkündung sind die allgemeinen Vorschriften über Termine und Fristen maßgebend und ausreichend. Eine Aussetzung des Hauptprozesses findet wegen einer Streitverkündung nicht statt. (So auch Endemann I S. 351, Wilm. Levy § 71 Anm. 2 u. A.) Ebensowenig ist mit der Streitverkündung an sich eine Ladung des Dritten zur mündlichen Verhandlung zu verbinden (vgl. § 71 Abs. 1; RG. X S. 290, Petersen a. a. O., Gaupp I S. 2:0, Wach I S. 655, 658 u. A.). Anders im Falle des § 73 (das. Anm. 3).

§ 71.

1) Da die Grundsätze über die Nebenintervention maßgebend sind, so bedarf es nach den Mot. keiner besonderen Bestimmung über die Form des Beitritts. Letztere erfolgt somit durch Zustellung eines Schriftsatzes nach § 67 (vgl. auch N. E. § 115), wenngleich die Mot. voraussetzen, daß der Beitritt des Nebenintervenienten in der mündlichen Verhandlung zu erklären sei. (Vgl. §§ 462 Anm. 2, 740 Anm. 4, RG. VI S. 391.) Hinsichtlich der Zeit des Beitritts gilt § 63 Abs. 2. Vgl. unten Anm. 4.

Der Litisdenunziat gilt nur im Falle des § 66 als Streitgenosse der streitverkündenden Partei (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 107). Im Uebrigen tritt er in die Stellung des Nebenintervenienten nach § 64.

Wegen Uebernahme des Prozesses an Stelle der Hauptpartei kommen, abgesehen von § 72, gleichfalls die Grundsätze von der Nebenintervention zur Anwendung (§ 64 Anm. 2).

2) Der Beitritt allein gilt nicht als Anerkenntniß, daß der Streitverkünder einen Rückgriff habe. Der Antrag, dies ausdrücklich zu bestimmen (wie in N. E. § 108 Abs. 2), ist von der RTK. abgelehnt. Es ist also im einzelnen Falle Sache der freien richterlichen Würdigung (Mot. S. 92), ob aus dem Beitritt und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Vertretungspflicht des Litisdenunziaten zu entnehmen sind.

3) Beantragt der Gegner des Streitverkünders die Zurückweisung des Dritten (s. Nordd. Prot. S. 165), so kommt § 68 zur Anwendung. (Vgl. § 69 Anm. 1 a. E.) Ohne einen solchen Antrag wird auch hier über die Zulässigkeit der Intervention nicht verhandelt. So lange die Zurückweisung nicht rechtskräftig erfolgt ist, muß der Litisdenunziat zum Hauptverfahren zugezogen werden (§ 68 Anm. 2).

4) Abs. 2: Ein Versäumnißverfahren findet nicht statt (Hann. PO. § 41). Der Litisdenunziat bleibt trotz seines negativen Verhaltens berechtigt, dem Prozesse später als Nebenintervenient nach § 63 beizutreten.

5) Abs. 3: Die Streitverkündung wirkt materiell wie eine Nebenintervention mit der hier

§ 72. Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 27, 28, 512—514, 657—659.

bestimmten Abweichung („daß — möglich war"). Ueber die Folgen der Streitverkündung in dem Verhältnisse des Streitverkünders zu dem Dritten wird in dem Hauptprozesse nichts festgesetzt, wie N. E. § 111, Entw. I § 70 und die Mot. S. 91 ausdrücklich aussprechen.

Wegen Unterbrechung der Verjährung durch die Streitverkündung s. § 239 Anm. 1.

6) In Betreff der Kosten ist nichts Besonderes bestimmt (anders Preuß. AGO. I 23 § 17). Ob der Streitverkünder auf Ersatz der Kosten einer Streitverkündung, welche er zunächst selbst zu tragen hat, Anspruch an den Gegner hat, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen (s. P. E. § 1352). Das Gericht hat also die Nothwendigkeit der Streitverkündung zur Sicherung der Rechte des Streitverkünders frei zu würdigen (§ 87). Vgl. Mot. S. 112, 118. Hinsichtlich der Kostenpflicht des beitretenden Litisdenunziaten ist § 96 Abs. 1 oder § 95 maßgebend, je nachdem jener nach §§ 64, 65 bzw. § 66 als Streitgenosse der Hauptpartei gilt oder nicht (s. Anm. 1). Auch der Streitverkünder kann, wenn er ungehöriger Weise die Grenzen der Streitverkündung überschreitet, zum Kostenersatz verpflichtet sein (RG. IV S. 364). Das Endurtheil hat sich über den Kostenpunkt auszusprechen. Vgl. § 96 Anm. 1, 2.

Die „Kosten einer Streitverkündung" bestehen immer nur in solchen Kosten, welche dem Streitverkünder selbst unmittelbar erwachsen sind, nämlich in der Regel in der Zustellungsgebühr und in den vom Rechtsanwalt zu berechnenden Schreibgebühren (RG. VI S. 390).

§ 72.

Literatur: Bähr: Jahrb. f. Dogm. I S. 531 ff., Kühne das. XVII S. 1 ff., Jeß das. XVII S. 158 ff., Schmidt (Celle) in Busch, Zeitschr. I S. 104 ff., Petersen in Gruchot, Beitr. XXV S. 534 ff., Kroll, Klage u. Einrede S. 190 ff.

1) Die (wie Dernburg II S. 238 Anm. 13 treffend bemerkt) nicht ganz durchgebildete Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr eingeschaltet, um nach Vorgang mancher Partikularrechte, z. B. des Kurhessischen, ein namentlich im Gebiete des gemeinen Rechts hervorgetretenes praktisches Bedürfniß (vgl. RG. VII S. 419) zu befriedigen. Bei der zweiten Lesung vom Standpunkte des preußischen Rechts (ALR. I 16 § 230) seitens der Regierungsvertreter angegriffen, wurde der Vorschlag auch mit Rücksicht auf das rheinische Recht unterstützt und nochmals angenommen.

Die Worte „unter Verurtheilung — veranlaßten Kosten" und „nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten" sind nach dem Schlusse der zweiten Lesung von der Redaktionskommission der RTK. bzw. in zweiter Lesung von der RTK. zur Entscheidung von Zweifeln hinzugefügt worden.

2) „Wird — in den Streit ein" — also dreierlei Voraussetzungen:

a) Streitverkündung seitens des beklagten Schuldners;

b) der Dritte nimmt die Forderung (nicht blos deren Gegenstand) für sich (d. h. zur selbständigen Einziehung) in Anspruch, wie im Falle der Hauptintervention (vgl. § 61 Anm. 2);

c) der Litisdenunziat tritt in den Prozeß ein (klagt nicht als Hauptintervenient).
Nur wenn alle drei Bedingungen vereinigt sind (vgl. auch Seuffert Anm. 2 c a. E., A. Förster Anm. 2d. A. M. hinsichtlich der ersten (a) Petersen § 72 Nr. 2 u. a. a. O. S. 542; Sarwey I S. 140, 141, Puchelt I S. 280 u. A.) wird dem Beklagten das Recht ertheilt, unter gerichtlicher Hinterlegung des streitigen Betrages, ohne Rücksicht darauf, ob deren landesrechtliche Voraussetzungen sonst vorhanden sind, auszuscheiden. (Auch bei Chicane oder übertriebener Aengstlichkeit darf die Entlassung nicht, wie Dernburg a. a. O. meint, versagt werden. Das Recht des Beklagten ist ganz unbedingt.)

Unter „gerichtlich hinterlegt" ist die Hinterlegung bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle zu verstehen. Wo eine Hinterlegung nach dem Landesrecht nicht (oder nur ausnahmsweise) bei dem Gericht, sondern bei anderen staatlichen Behörden stattfindet (s. z. B. Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 93 — Struckmann und Koch, Preuß. AG. S. 437 ff.) genügt also auch die Hinterlegung bei dieser, sofern sie ausdrücklich „zu Gunsten der streitenden Gläubiger" (s. das. §§ 14 Abs. 3, 19 Abs. 3) erfolgt.

Der Ausdruck „Betrag der Forderung" deutet anscheinend nur auf Geld (Endemann I S. 355, Kleiner I S. 364) umfaßt aber auch generisch, jedoch nicht individuell bestimmte Sachen. [So auch Gaupp I S. 234, 235, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 72 Nr. 2 u. a. a. O. S. 541, jetzt auch Seuffert Anm. 2a. A. M. Sarwey I S. 141 (jede Forderung, die sich zur Hinterlegung eignet), Fitting § 26 Anm. 9 S. 75.]

Der Widerbeklagte ist kein „verklagter Schuldner" im Sinne des § 72; das Ausscheiden desselben und das Eintrittsrecht des Dritten passen nicht zum Wesen der Widerklage (s. § 251). [So auch Gaupp I S. 235, Kleiner I 365, 366. A. M.: Seuffert Anm. 5, Petersen a. a. O., Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 76, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.] Dasselbe gilt von der Kompensationseinrede (A. M. Schollmeyer, Kompensationseinrede S. 95 ff.).

Der Eintritt in den Prozeß ist nicht der „Beitritt" (des § 67), sondern eine eigenthümliche Betheiligung am Prozesse, welche der Hauptintervention (als solche bezeichnet sie geradezu Wach I S. 653) ähnlicher ist, als der Nebenintervention. (So Seuffert Anm. 2e, Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft S. 171 Anm. 6. A. M.: A. Förster Anm. 2e, Kroll a. a. O. S. 191, Förster (Eccius) I § 92 Anm. 29, Wilm. Levy Anm. 1.) Er geschieht nach allgemeinen Grundsätzen in der mündlichen Verhandlung und kann durch einen Schriftsatz verbreitet werden.

Ueber das Vorhandensein der Voraussetzungen ist nöthigenfalls — im Zwischenstreit (vgl. § 275 Anm. 1b — durch Zwischenurtheil (§ 275) und, wenn dem Antrag stattgegeben wird, durch Endurtheil zu entscheiden. (S. auch Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann I S. 355, Sarwey I S. 142, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 3, Petersen § 72 Nr. 3 u. A. Dagegen halten Wach, Vortr. S. 83 u. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 103 auch die Streitentlassung für ein Zwischenurtheil.) Ueber das Kostenerstattungsrecht des Beklagten kann erst in dem in der Hauptsache ergehenden Endurtheil entschieden werden (vgl. Satz 2). Derselbe kann also nöthigenfalls Ergänzung fordern (§ 292); er bleibt in dieser Beziehung Partei (vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 102).

Ob der neue prozessualische Depositionsgrund zugleich volle materielle Wirkung hat, ob also die Hinterlegung den Schuldner dem wahren Gläubiger gegenüber wirklich von der Kapital- und Zinsen-Schuld wie von der Gefahr der hinterlegten Summe befreit, selbst wenn der Dritte mit dem Schuldner kolludirte, ist nicht bestimmt. Die Frage wird also nach dem bürgerlichen Recht zu beantworten sein (vgl. Kühne a. a. O. S. 53 ff., Seuffert Anm. 6, Hellmann I S. 256, Gaupp I S. 236, Schmidt a. a. O. S. 124 ff., mit gewisser Einschränkung auch Endemann I S. 356, 357, Dernburg II S. 238. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 72 Nr. 3 u. a. a. O. S. 546 ff., v. Bülow Anm. 1, Mandry S. 378 ff., Kroll a. a. O. S. 192, welche dieselbe bejahen und nur actio doli eventuell zulassen). [Wegen des gem. Rechts vgl. L. 1 § 37

§ 73. Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

N. Entw. §§ 122, 123. Entw. I. § 71. Entw. II. § 71. Entw. III. § 71. Mot. S. 93–95. Prot. S. 29.

D. dep. (16, 3), L. 18 § 1 D. de usur. (22, 1), Windscheid, Pand. II § 347, Bähr a. a. O. S. 358 ff., Kühne a. a. O. S. 174 ff. (hauptsächlich gegen Bähr), Jeß a. a. O. S. 158 ff. (im Resultate übereinstimmend); Schmidt a. a. O. S. 124 ff. (im wesentlichen Bähr zustimmend). Wegen des preuß. Rechts s. Förster (Eccius) I § 92 S. 666, Dernburg II § 99 S. 238, Kühne a. a. O. S. 49 ff., Schmidt a. a. O. S. 137 ff.; Striethorst, Arch. f. Rechtsf. 82 S. 241 u. 94 S. 327; ROHG. 24 S. 314 ff.; Sarwey I S. 142 sucht § 72 mit ALR. I 16 § 230 zu vereinigen.]

Nach dem Ausscheiden des Beklagten wird der Streit zwischen den streitenden Gläubigern allein fortgesetzt; d. h. beide haben nun gegen einander wie in einem judicium duplex (s. Wilm. Levy S. 115, Petersen a. a. O. S. 560) ihr Recht an dem hinterlegten Betrage zu erweisen. Anders als bei der Nebenintervention, aber auch anders als bei der Hauptintervention, verhandelt der Litisdenunziat als Hauptpartei weiter, aber nur gegen eine der streitenden Parteien (s. auch Weismann a. a. O.). Der Streit zwischen diesen Beiden ist ein Feststellungsstreit, wenn gleich keine eigentliche Feststellungsklage im Sinne des § 231 (s. § 231 Anm. 2 a. E.). [Vgl. auch Wach a. a. O. S. 83 Anm., Schmidt a. a. O. S. 112, Petersen a. a. O., Plósz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 171 Anm. 10. A. M.: Weismann: Die Feststellungsklage S. 146 ff., Löning a. a. O. S. 75 Anm. 93. Eine negative Feststellungsklage nach Analogie des § 72 zur Beseitigung der Ansprüche eines Dritten auf die dem Kläger gegen den Schuldner zustehende Forderung gestattet RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 373.] Ein besonderes rechtliches Interesse ist jedoch nicht nachzuweisen; der Anspruch des Dritten wird lediglich in Bezug auf seine materielle Begründung geprüft (A. M. Wilm.-Levy a. a. O., Sarwey I S. 142). Der Intervenient kann aber ebenso wie der ohne Grund widersprechende Kläger zum Ersatz von Prozeßzinsen verurtheilt werden (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 241).

Der ausgeschiedene Schuldner bleibt hinsichtlich seines Anspruchs auf Kostenersatz gewissermaßen Partei, kann aber gegen das ergehende Urtheil kein Rechtsmittel ergreifen (s. § 94). (Vgl. auch Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 839 ff., Seuffert Anm. 4 u. A.); andererseits kann derselbe nachträglich nicht mehr in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten verurtheilt werden. (Vgl. Sarwey I S. 143, Petersen a. a. O. S. 562. A. M. Endemann I S. 358, 359, Schollmeyer a. a. O. S. 102, Gaupp I S. 238.)

3) Wegen des Falles einer Veräußerung des Streitgegenstandes während des Prozesses s. § 236.

§ 73.

1) Abs. 1 bestimmt die Voraussetzungen der aus dem späteren röm. Recht stammenden

sog. laudatio (nominatio) auctoris, einer eigenthümlichen Gestalt der Streitverkündung. (S. Wetzell S. 54 ff., Renaud S. 122 ff., Bolgiano S. 245 ff., Hellmann, Lehrb. S. 243 ff. Vgl. auch Kannengießer: Die prozeßhindernde Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der nominatio auctoris. Leipzig 1878, Mandry S. 322 ff., Förster (Eccius) III § 180, S. 300 ff., Dernburg I § 246, S. 602; § 250 S. 613 Anm. 10, Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 385 ff., Schollmeyer, Zwischenstreit S. 113, Kroll, Klage u. Einrede S. 194 ff.)

— „als Besitzer einer Sache, die — behauptet" — d. h. als detentor oder „unvollständiger Besitzer" (Preuß. ALR. I 7 §§ 2, 3, 6) einer beweglichen oder unbeweglichen Sache. Die rechtliche Natur der Sache ist nicht weiter bezeichnet. Es gehören hierher, wie auch die Mot. hervorheben, nicht blos dingliche und diesen gleichgestellte Klagen, sondern alle Klagen, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können (vgl. z. B. § 27), insoweit also auch konfessorische und negatorische Klagen; dagegen nicht Kontrakts- oder Deliktsklagen im Falle eines behaupteten Auftragsverhältnisses (Wetzell S. 57; Mandry S. 323; enger Windscheid, Pand. I § 196 Anm. 6, wo auch die zahlreiche Literatur angegeben ist).

2) — „wenn — Streit verkündet" — Die CPO. folgt der bereits in Anm. 1 angedeuteten modernen gemeinrechtlichen Auffassung. Der Beklagte ist an sich der richtige; es fehlt ihm nicht an der Passivlegitimation; aber es wird ihm, da er sachlich in der Regel an dem Ausgange des Prozesses nicht interessirt ist, in seinem und des Auktors Interesse die Möglichkeit eröffnet, mit Hülfe der Streitverkündung auch ohne Zustimmung des Klägers aus dem Streite zu scheiden und dem Auktor die Defension zu überlassen (s. Abs. 3). In welchen Fällen eine Verpflichtung zur „Benennung des Auktors" besteht, und welche Folgen die Unterlassung habe, bestimmt das bürgerliche Recht (vgl. z. B. Preuß. ALR. I 7 §§ 165, 166, 174; I 15 §§ 11 ff., Code civ. art. 1727). [So ausdrücklich N. E. § 123.]

3) Prozessualisch nimmt die Streitverkündung hier gewissermaßen den Charakter der prozeßhindernden Einrede an, obwohl sie in § 247 nicht mitaufgeführt (s. § 247 Anm. 10; Bolgiano S. 25 f. u. in Busch, Zeitschr. II S. 521 ff.) und auch in den Wirkungen verschieden ist (§ 247 Abs. 1, 3; §§ 248, 465 sind nicht anwendbar — vgl. Petersen das. II S. 172 u. III S. 206, 207, Osterloh das. III S. 88 ff., A. Förster Anm. 3, Seuffert Anm. 3 a. E.). Sie muß vor der Verhandlung zur Hauptsache (vgl. § 247 Anm. 1) geschehen und unter gleichzeitiger schriftlicher „Benennung an den Kläger", welcher Abschrift der Streitverkündung und der Ladung des Benannten erhält, mit der Ladung des Benannten zu einem Termine (§§ 191 ff.) behufs seiner Erklärung verbunden sein. (Vgl. auch Endemann I S. 361, Sarwey I S. 145, Petersen § 73 Nr. 3, Seuffert Anm. 3 u. A. Abweichend Hellmann I S. 262, welcher Benennung durch Schriftsatz für genügend hält.) Inzwischen kann der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, falls er es nicht vorzieht, die Klage eventuell zu beantworten.

Macht der Beklagte von § 73 keinen Gebrauch, so bleibt ihm noch die gewöhnliche Streitverkündung.

4) Abs. 2: „Bestreitet — oder erklärt er sich nicht" — d. h. in dem Termine (s. Abs. 1). In diesen Fällen ist der Beklagte dem Benannten gegenüber berechtigt, die Fortsetzung des Prozesses aufzugeben und dem Klagantrage nachzukommen. (Vgl. Windscheid a. a. O.) Benannter kann seine Ansprüche dann nur klageweise verfolgen (§ 39 I § 17 Preuß. AGO. ist beseitigt — vgl. Dernburg I § 246, S. 602, Förster (Eccius) III § 180 Anm. 95, A. Förster Anm. 4). Im Verhältniß zum Beklagten gilt gegen ihn das Präjudiz des § 71 Abs. 3 (Remelé S. 71. A. M. Kroll a. a. O. S. 197, welcher eine Klage ganz ausschließt).

5) Abs. 3: — „berechtigt" — Macht er davon keinen Gebrauch, so kann er nach § 71 Abs. 1 beitreten. (A. M. anscheinend Schelling S. 88, 89.)

— „mit Zustimmung des Beklagten — übernehmen" — nämlich mündlich im

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 74. Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

N. Entw. § 125. Entw. I. § 72. Entw. II. § 72. Entw. III. § 72. Mot. S. 96–101. Prot. S. 29, 497–499, 514, 739–741. Prot. z. GVG. S. 739, 740.

Termin, nicht schon vorher (s. Gaupp I S. 242, Wilm. Levy Anm. 3, S. 103. A. M.: Endemann I S. 361, Kleiner I S. 374). Will der Beklagte im Prozesse bleiben, so kann ihm der Benannte ebenfalls als Nebenintervenient (§ 63) — nicht als Streitgenosse im Sinne des § 66, wie Kohler a. a. O. S. 386 ff. annimmt; s. dagegen Wach, Vortr. S. 82 Anm., Hellmann, Lehrb. S. 244 — assistiren (Mot., Hann. PO. § 40).

6) — „welche — besitzt" — also wegen der causa rei oder in Fällen, wo der Anspruch sonst wesentlich gegen die Person gerichtet ist (s. Preuß. AGO. I 17 § 40, Förster (Eccius) III § 180, S. 301; vgl. auch Mandry S. 324).

7) Abs. 4: Auch wenn der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage entbunden ist, bleibt er gewissermaßen doch Partei, während der Benannte als procurator in rem suam auftritt [Wetzell S. 57 — also weder als alleinige Partei (so Wach, Vortr. S. 82, Schollmeyer a. a. O. S. 113, Seuffert Anm. 5a, A. Förster Anm. 6 —) noch als Streitgenosse (Kohler a. a. O.) noch als Intervenient (Kannengießer a. a. O.)]. Denn das Urtheil, soweit es sich lediglich auf die Sache bezieht (wegen deren Restitution oder Exhibition, wohl auch wegen der causa rei und sonstiger persönlicher Leistungen; vgl. Anm. 6, Gaupp I S. 244), ist ohne Weiteres auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar. (S. auch Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 427, 428, Dernburg I § 246, S. 602, Förster (Eccius) III § 180 S. 301 Anm. 95.) Andererseits ist das Urtheil, durch welches der Beklagte von der Sache entbunden wird, formell ein Endurtheil. (So auch Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 9, Hellmann, Lehrb. S. 318.) Vgl. § 72 Anm. 2 a. E.

8) Die Kostenpflicht ist nicht (wie in der nach § 14 Abs. 1 d. EG. z. CPO. beseitigten Vorschrift der Preuß. AGO. I 23 § 19) besonders geregelt. Indessen folgt die Verpflichtung des Klägers zum Ersatz der Kosten dem ursprünglichen Beklagten gegenüber im Falle des Abs. 4 daraus, daß der letztere von der Klage entbunden wird. (Vgl. auch Seuffert Anm. 4d, Puchelt I S. 286, Sarwey I S. 146, Gaupp I S. 245 u. A. A. M.: Petersen § 73 Nr. 6 u. in Gruchot, Beitr. XXV S. 563, welcher § 72 entsprechend anwenden will, A. Förster Anm. 6, der auf besonderen, nach bürgerlichem Recht zu entscheidenden Prozeß verweist, Fitting § 27 S. 77 Anm. 3; ähnlich Kleiner I S. 377.) Unterliegt aber später der Benannte, so kann er auch nach § 87 zum Ersatze der vom Kläger dem ursprünglichen Beklagten erstatteten Kosten verurtheilt werden. (So auch Seuffert a. a. O.) Vgl. §§ 96 Anm. 2, 237 Anm. 1.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 3, 28, GO. f. RA. §§ 20, 29.

Vierter Titel.

Im Gegensatze der gesetzlichen Vertreter (§ 50 Anm. 2) ist hier von den freiwillig gewählten, ihre Befugnisse aus einem Vertragsverhältnisse (Auftrag, Mandat) ableitenden Vertretern (Prozeßbevollmächtigten) die Rede (§§ 74—85), während § 86 von den Beiständen handelt. Die §§ 74, 75 enthalten gewisse Beschränkungen des Wahlrechts (Anwaltszwang), die §§ 76—85 die besonderen Grundsätze über Form, Inhalt, Wirkungen, Ende und

Mangel der Prozeßvollmacht. Im Uebrigen entscheiden die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das Mandat, insonderheit hinsichtlich des inneren Verhältnisses, soweit nicht die CPO. (z. B. §§ 34, 143, 144, 162, 163, 223 rc.) oder die Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878 §§ 1, 26 ff. (RGBl. S. 177) einschlagende Vorschriften enthalten.

Ueber die einschlagende civilistische sowie die ältere prozessualische Literatur vgl. Wach I S. 557 Anm. 1.

§ 74.

1) Während nach gem. Recht überhaupt nicht und nach dem altpreußischen Prozeßrechte nur für das vorbereitende schriftliche Verfahren eine Mitwirkung von Anwälten geboten ist, wird hier (nach dem Vorgang des französischen Rechts und aller neueren deutschen Prozeßordnungen mit Ausnahme von Württemberg) der „Anwaltszwang" als Regel hingestellt. (Die Literatur s. bei v. Canstein, Grundlagen S. 237 ff.; über die Terminologie der CPO. s. besonders §§ 75 Anm. 1, 152 Anm. 4.) Das Verfahren vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz ist auf diese Voraussetzung gebaut („Anwaltsprozeß"); vgl. z. B. §§ 77, 84, 126, 181, 192. Auch bei den Kammern für Handelssachen (GVG. §§ 100 ff.) besteht keine Ausnahme (vgl. Prot. S. 739—741). Wegen der Konsulargerichte s. Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 §§ 11, 14, 15 (RGBl. S. 197).

Der Anwaltszwang hat zur Folge, daß die nicht durch einen (zugelassenen) Rechtsanwalt handelnde Partei überhaupt nicht als handelnd gilt („müssen"), daß deren Handlungen mithin ungültig sind (Wach I S. 608). Das Gericht hat darauf von Amtswegen zu achten. Ein Verzicht der Parteien ist unwirksam. Die Verletzung ist Revisionsgrund (s. § 513 Nr. 5). Der Anwaltszwang schließt indessen eine gewisse persönliche Mitwirkung der Parteien nicht aus (§§ 81, 128 Abs. 4, 130, 132, 268, 572, 579, 598), welche sich jedoch auf thatsächliche Erklärungen und rechtliche Ausführungen beschränkt und sich nicht auf Stellung prozessualischer oder sachlicher Anträge oder Gesuche erstreckt (Wach I S. 609). Ob die Partei den Ersatz der Kosten ihres persönlichen Erscheinens beanspruchen kann, ist nach § 87 Abs. 1 zu beurtheilen (s. Mot. S. 112).

2) — „durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt" — Wer unter diesen Begriff fällt, bestimmt die Rechtsanwaltsordnung §§ 1—20. Es gilt das allerdings in mancher Beziehung durchbrochene Prinzip der Lokalisirung der Anwaltschaft. [Vgl. besonders RAO. § 27 Abs. 1; F. Meyer: Die Rechtsanwaltsordnung. 2 Aufl. Berlin 1884. S. 6 ff., 44; Völk: Die Rechtsanwaltsordnung für das deutsche Reich. Nördlingen 1878. S. 23—58.] Die Zulassung erfolgt durch die Landesjustizverwaltung (GVG. § 8 Anm. 14) bei einem bestimmten Gericht (Kammern für Handelssachen, welche ihren Sitz an einem anderen Orte als dem des Landgerichts haben, sind im Sinne der RAO. als besonderes Gericht anzusehen — RAO. § 9) nach gutachtlicher Anhörung des Vorstandes der Anwaltskammer. Sie kann unter Umständen bei mehreren Gerichten geschehen (RAO. §§ 9—12, 104, 114). Für Preußen s. d. Verordn. v. 25. Juni 1879 (GS. S. 387) u. Allg. Verf. des Just.-Min. v. 28. Juni u. 31. Dezbr. 1879 (JMBl. S. 151, 153; 1880 S. 2, Allerh. Erlaß v. 8. Dezbr. 1879 (das. S. 471), — abgedruckt bei Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 179 ff., Ergänzungsheft S. 71. — Besondere Bestimmungen gelten für die Rechtsanwaltschaft bei dem Reichsgericht (RAO. §§ 98—100).

Mit der Eintragung in die bei jedem Gerichte zu führende Liste beginnt die Befugniß zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft (RAO. § 20 Abs. 3).

Ein bei dem Prozeßgericht nicht zugelassener Rechtsanwalt kann auf Grund seiner Prozeßvollmacht sich auch nicht einen anderen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt als Vertreter substituiren (OLG. Jena in Seuffert Arch. 38 Nr. 339. A. M. OLG. Stuttgart, das. Nr. 346).

Auch für öffentliche Behörden und zum Richteramte befähigte Personen (Preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 §§ 3, 21, 23, Hann. PO. § 67) gilt keine Ausnahme von dem An-

waltszwange. (Vgl. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VIII S. 502.) Anders d. preuß. Verordn., betr. d. Kompetenzkonflikte, v. 1. Aug. 1879 §§ 9, 13 — GS. S. 573. Wegen der Staatsanwaltschaft s. §§ 569 Anm. 1, 586 Anm. 2.

Die „Ausführung der Parteirechte" (Rechtsdeduktion, plaidoyer) in der mündlichen Verhandlung kann jeder Rechtsanwalt übernehmen. Auch als Vertreter (Substitut) des Prozeßbevollmächtigten (§ 77 Anm. 2) darf in der mündlichen Verhandlung jeder Rechtsanwalt auftreten (RAO. § 27 Abs. 2). Die Uebertragung der Vertretung kann, da § 27 Abs. 2 a. a. O. eine Beschränkung nicht enthält, auch durch schriftliche Vollmacht geschehen; eine Einführung des Vertreters bei der mündlichen Verhandlung von Seiten eines beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalts ist nicht erforderlich [vgl. RG. III S. 404; hierfür sprechen neben Wortlaut und inneren Gründen die Mot. z. RAO. (Drucksachen d. D. Reichstags. II Sess. 1878 Nr. 5 S. 31 ff., 50), sowie d. Komm. Bericht (ebendas. Nr. 173 S. 26 ff.)]. S. auch § 77 Anm. 2. Eine Ausnahme gilt hinsichtlich der beim Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälte (das. § 100 Abs. 2) und beim Reichsgericht selbst (das. § 101).

Für zeitweise behinderte Rechtsanwälte kann ein Stellvertreter bestellt werden (RAO. §§ 25, 29). Vgl. auch Preuß. AG. z. GVG. § 6, Allg. Verf. d. Just. Min. v. 19. April 1880 (JMBl. S. 88, Struckmann u. Koch, Preuß. AG., Erg.-Heft S. 86, 87).

Findet die Partei keinen zu ihrer Vertretung geeigneten Rechtsanwalt, und erscheint die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos, so ist ein Rechtsanwalt auf Antrag beizuordnen (RAO. § 33); ebenso der armen Partei (§ 107 Nr. 3, RAO. § 34). Wegen des Kostenvorschusses s. RAO. § 38, GO. f. RA. § 84. Ein besonderer Fall ist der in § 609.

3) Der Anwaltszwang bezieht sich nicht blos auf die mündliche Verhandlung. Daß derselbe sich auch auf die Schriftsätze erstreckt, ergiebt sich nicht nur aus der den Anwaltsprozeß vom Parteiprozeß unterscheidenden Vorschrift des § 121 Nr. 6, wonach die vorbereitenden Schriftsätze die Unterschrift des Anwalts enthalten „sollen" (vgl. auch § 230 Anm. 10), sondern auch aus § 74 Abs. 2, §§ 77—79, wonach nur im Parteiprozesse für einzelne Prozeßhandlungen Vollmacht ertheilt werden darf, und aus dem Grund und Zusammenhang aller einschlagenden Vorschriften (So auch alle Komment., Wach I S. 610 ff. u. A. A. M. Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 427 und in ausführlicher, aber wenig überzeugender Begründung Alexander-Katz: Schriftsätze und Anwaltszwang. Erlangen, 1883. S. 42 ff. Gegen Letztere s. Gruchot, Beitr. XXVIII S. 756 ff.) Die bestimmenden Schriftsätze (Klage, Einspruch, Berufung, Revision rc.) müssen im Anwaltsprozesse von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein und auf dessen Betreiben zugestellt werden (RG. V S. 374, IX S. 348, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Wach I S. 610 Anm. 11, 612. A. M. Alexander-Katz a. a. O. S. 57). Wegen der Beschwerde s. § 532 Anm. 4. Jede Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Klage, über ein Rechtsmittel rc. muß, um ordnungsmäßig zu sein, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§§ 192, 300 Nr. 2). Auch das Kostenfestsetzungsverfahren ist, abgesehen von § 98 Abs. 2, nicht ausgenommen (vgl. § 98 Anm 2; RG. IX S. 390). Wegen der Zustellung des Urtheils vgl. § 152 Anm. 3.

Sind verschiedene Abschnitte des Prozesses bei verschiedenen Gerichten zu erledigen, so ist bezüglich jeder einzelnen Prozeßhandlung dasjenige Gericht, vor welches dieselbe gehört, als das Prozeßgericht anzusehen, bei welchem der Anwalt zugelassen sein muß. (Vgl. RG. I S. 431.) S. aber § 532 Anm. 4.

4) Die in Abs. 2 enthaltenen Ausnahmen von dem Anwaltszwange betreffen Prozeduralakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen.

§ 75. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

N. Entw. §§ 124, 126. Entw. I. § 73. Entw. II. § 73. Entw. III. § 73. Mot. S. 96–101. Prot. S. 29.

§ 76. Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

„Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter" — vgl. § 151 Anm. 2. Beispiele: §§ 313 ff., 326, 327, 337, 340, 399, 441, 579, GVG. § 158.

„Prozeßhandlungen — können" — z. B. §§ 44, 98, 109, 225, 351, 371, 448, 532, 596, 617, 625, 662 (vgl. Seuffert, Arch. 38 Nr. 63), 800, 815, 824. Ob sie thatsächlich vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden, ist unerheblich (vgl. RG. III S. 374). Regelmäßig ist in diesen Fällen auch einfaches schriftliches Gesuch (ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers) zulässig.

Wegen des Antrags nach § 756 s. Ob. LG. f. Bayern in Busch, Zeitschr. III S. 144 ff.

5) Abs. 3: Derselbe durchbricht nicht das Prinzip des Anwaltszwanges.

— „sich selbst" — sei es in eigener Sache oder als gesetzlicher Vertreter. Wegen der Gebühren und Auslagen beim Betriebe eigener Angelegenheiten s. GO. f. RA. § 7.

Für Zeugen besteht in dem Zwischenstreit über die Rechtmäßigkeit der Zeugnißverweigerung kein Anwaltszwang (s. § 352 Abs. 2). Vgl. auch Ges. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197).

§ 75.

1) „Insoweit — nicht geboten ist" — Hierher gehört namentlich das einfacher konstruirte Verfahren vor den Amtsgerichten [§§ 456 ff., „Parteiprozeß" nach Art. 78 der Bayer. PO., also auch das Mahnverfahren (§ 629), das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht (§ 684) sowie das Konkursverfahren (KO. §§ 64, 65, 127)], außerdem aber im Anwaltsprozesse das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 151 Anm. 2) und jede Prozeßhandlung, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden kann (§ 74 Abs. 2). Vgl. auch RAO. § 26.

2) — „durch jede prozeßfähige Person" — d. h. unbeschränkt prozeßfähige (s. § 51 Anm. 1). Die partikularrechtlichen Beschränkungen hinsichtlich prozeßfähiger Personen (Preuß. AGO. I 3 §§ 25, 26, Württ. PO. Art. 112) sind beseitigt. Der Bildung einer Winkel-Advokatur treten die §§ 87 Abs. 2, 143 entgegen. Dagegen ist eine Vorschrift, daß nur Anwälte einen klagbaren Honorar-Anspruch haben (N. E. § 127), als nicht in das Gebiet der CPO. gehörig, nicht aufgenommen. Auch die GO. f. RA. enthält hierüber nichts; es entscheidet mithin, insbesondere über die vertragsmäßige Festsetzung eines solchen Anspruchs, das bürgerliche Recht (vgl. § 87 Anm. 4; s. auch Gaupp I S. 250). Beschränkungen für Gerichtsvollzieher enthält die preuß. Gerichtvollzieherordn. v. 23. Febr. 1885 § 37 (JMBl. S. 55).

3) Durch das Erforderniß der Prozeßfähigkeit wird das Preuß. Recht (ALR. I 13 §§ 32, 33) modifizirt. Jenes Erforderniß gilt auch für Rechtsanwälte (anders N. E. § 126). Frauen sind nicht ausgeschlossen (§ 51; vgl. Sten. Ber. d. Reichstags 2. Legislaturper., II. Sess. 1874/75 S. 361), wohl aber juristische Personen, sofern dieselben nicht Substitutionsbefugniß besitzen und von dieser Gebrauch machen (vgl. Petersen §§ 74, 75 III, Kleiner I S. 383, Wilm. Levy Anm. 2. A. M.: Sarwey I S. 150, Puchelt I S. 291, Gaupp I S. 250, welche ohne Weiteres die gesetzlichen Vertreter der ohne Substitutionsbefugniß bevollmächtigten juristischen Personen zur Prozeßführung zulassen).

4) Eine besondere Stellung ist den im Parteiprozesse (RAO. § 26 — „auf Grund der Zulassung bei einem Gericht" — nicht nothwendig dem Prozeßgericht) auftretenden Rechtsanwälten nur in einigen Punkten eingeräumt (vgl. §§ 126, 143 Abs. 4, 181; s. auch GVG. §§ 178–180). Hinsichtlich der Kostenerstattung vgl. § 87 Anm. 4.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

N. Entw. §§ 129, 133, 140. Entw. I. § 74. Entw. II. § 74. Entw. III. § 74. Mot. S. 101, 102. Prot. S. 29–31, 49, 514–516, 659, 660. 164. Sitzung. Anlage K.

---

§§ 76–85.

Diese Paragraphen beziehen sich, wie die Mot. hervorheben, soweit nicht besondere Ausnahmen gemacht sind (§§ 79 Abs. 2, 83 Abs. 1, 84 Abs. 2), „sowohl auf die in Anwaltsprozessen als bevollmächtigte Vertreter der Parteien fungirenden Anwälte, als auf die in anderen Prozessen auftretenden Bevollmächtigten".

§ 76.

1) „Der Bevollmächtigte" — auch der Rechtsanwalt (ein entgegenstehender Antrag ist von der RTK. abgelehnt) und, wie die Mot. unter Berufung auf die Hann. PO. § 69 ausdrücklich hervorheben, der nach §§ 107 Nr. 3, 609 oder RAO. §§ 33, 34 bestellte Offizial-Anwalt. Letzterer ist nicht als ein durch den Gerichtsbeschluß bestellter Beamter anzusehen; der Beschluß legt ihm vielmehr nur die (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung auf, das Mandat der Partei, welcher er beigeordnet worden, falls diese es ihm übertragen will, zu übernehmen. (So auch Seuffert Anm. 1, Petersen § 76 I, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp I S. 251 u. A. A. M. Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 107.)

2) — „hat — nachzuweisen" — nämlich, wenn es vom Gegner oder in Parteiprozessen von dem Gerichte verlangt wird (§ 84). Ausnahme: § 643. Ob zur Vermeidung der Rüge mit der Klage bzw. Klagebeantwortung, wenn darin auf die Vollmacht Bezug genommen wird, Abschrift derselben dem Gegner mitzutheilen bzw. auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist (§§ 122, 124, 230, 244), bleibt dem Ermessen überlassen. [In der Regel fordern dies Endemann I S. 369, Gaupp I S. 254. Abweichend Wilm. Levy Anm. 4.] Der Gegner kann dann Einsicht der Urschrift fordern (§§ 125, 126). Hinsichtlich der Legitimation ist derjenige Zeitpunkt maßgebend, zu welchem dieselbe nachgewiesen, d. h. dem Gegner bzw. dem Gerichte kundgethan wird (vgl. RG. Str. S. III S. 91, Wach I S. 571).

3) — „die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht" — Hiermit werden „alle Arten der schriftlichen Vollmachtsertheilung" (Mot.) umfaßt. Es genügt auch eine mehr oder weniger umfassende General-Vollmacht (N. E. § 130), eine Prokura (HGB. Art. 42), die Anstellung als Schiffer oder Korrespondent-Rheder (HGB. Art. 460, 496 — s. RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 79), aber nicht die bloße Handlungsvollmacht (vgl. HGB. Art. 47 Abs. 2, 58 Abs. 2); vgl. § 159. Auch das Prokura-Indossament ermächtigt nach WO. Art. 17 zur Einklagung der Wechselschuld; da dasselbe indessen eine beschränkte Uebertragung des Wechsels selbst enthält, so findet (wie Gaupp I S. 254 mit Recht bemerkt; s. auch Seuffert Anm. 5) § 76 darauf keine Anwendung (s. EG. z. CPO. § 13 Abs. 1). — Die Aufnahme der Vollmacht in das Audienzprotokoll (§ 146), im Parteiprozesse auch die Aufnahme zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 457) ersetzt die schriftliche Form. — Wegen der (landesgesetzlichen) Stempelpflichtigkeit vgl. GKG. § 2 Abs. 2.

In Handelsprozessen genügt die Firmen-Unterschrift (A. M. Renaud, Recht d. Kommanditgesellschaften S. 376, 378).

Analphabeten haben nach den Mot. die Prozeßvollmacht in der für solche Personen landesgesetzlich vorgeschriebenen Form auszustellen. Nach Preuß. Recht (ALR. I 5 § 172) würde somit die Ausstellung gerichtlich oder notariell erfolgen müssen. Indessen sind, wie auch der Reg.-Kommissar in der RTK. (Prot. S. 515) bestätigte, derartige Vorschriften durch Abs. 2 aufgehoben; es genügt also die einfache Beglaubigung eines Handzeichens als beglaubigte Vollmacht (s. WO. Art. 94). [Vgl. auch §§ 381 Anm. 3, 405 Abs. 2; Petersen S. 155, 222, 223, Wilm. Levy Anm. 1, Sarwey I S. 151, 152, Endemann I S. 371, Gaupp I S. 254 u. A. A. M. Seuffert Anm. 2 a. E., A. Förster Anm. 3 u. A.]

§ 77. Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

N. Entw. §§ 134, 135, 867. Entw. I. § 75. Entw. II. § 75. Entw. III. § 75. Mot. S. 103, 104. Prot. S. 31, 32, 516.

---

4) — „und diese — abzugeben" — Diese Worte sind ein in zweiter Lesung auf Antrag des Abg. Reichensperger im Interesse des Prozeßgegners angenommener, auch bei der Revision ungeachtet der von den Regierungen vom Standpunkte des Systems der CPO. aus erhobenen Bedenken aufrecht erhaltener Zusatz der RTK.

„Gerichtsakten" — vgl. § 271 Anm. 1. In der Regel muß die Urschrift zu den Akten gebracht werden. Bei Generalvollmachten rc. genügt jedoch auch eine von der beglaubigten Vollmacht genommene beglaubigte Abschrift (vgl. § 400, Preuß. AGO. I 3 § 32, Prot. S. 515, 516, Petersen § 76 III S. 155 u. A.).

5) Abs. 2: „Eine Privaturkunde" — also nicht die von öffentlichen Behörden innerhalb ihrer Amtsbefugnisse ausgestellten Vollmachten, wie in der RTK. bei Revision der zweiten Lesung unter Anführung von Beispielen (Gemeindebehörden, Kirchenverwaltungen, „öffentlich anerkannte Stiftungen") ausdrücklich konstatirt ist. Vgl. §§ 380 ff., 405 ff. Näheres für Preußen bei A. Förster Anm. 5. Wegen des Begriffs „öffentliche Behörde" s. § 380 Anm. 2. Ist die Vollmacht von einer ausländischen Behörde oder Urkundsperson ausgestellt, so kann nach Ermessen des Gerichts Legalisirung verlangt werden (§ 403).

6) — „auf Verlangen des Gegners" — gleichviel ob wegen Beanstandung der Echtheit (Württ. PO. 118 rc.) oder aus einem anderen Grunde; der Gegner hat sich hierüber nicht auszusprechen. Das Gericht kann die Beglaubigung von Amtswegen niemals fordern.

7) Andere Formen der Beglaubigung als die durch Satz 2 erleichterte (WO. Art. 87, N. E. § 133, Hann. PO. § 70) gerichtliche oder notarielle Form sind nicht zulässig. Entgegengesetzte Anträge sind von der RTK. abgelehnt. Das Wahlrecht zwischen Gericht und Notar ist unbeschränkt, soweit denselben landesgesetzlich überhaupt freiwillige Gerichtsbarkeit zusteht (Petersen § 76 IV 2, Sarwey I S. 153, Kleiner I S. 390). Im Auslande genügt die Beglaubigung bzw. Legalisation durch einen Reichskonsul (Ges. vom 8. November 1867 §§ 14—16 — BGBl. S. 140; vgl. auch § 403, Petersen a. a. O., Endemann I S. 370, Gaupp I S. 253. A. M. Uebel I S. 86). Landesgesetzliche Bestimmungen, welche bei notariellen Beglaubigungen die Zuziehung von Zeugen vorschreiben, sind, wie der Reg.-Vertreter in zweiter Lesung der RTK. bestätigte, durch Satz 2 beseitigt. Vgl. auch Preuß. Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 § 33, Ges. über das Notariat v. 8. März 1880 § 5 (GS. S. 177). Die Kosten der Beglaubigung trägt (vorbehaltlich der Erstattungspflicht aus § 87) der Vollmachtgeber (anders Preuß. AGO. I 3 § 70).

8) Den formellen Erfordernissen des Abs. 2 unterliegen auch die handelsrechtlichen Vollmachten, wiewohl die betreffenden Vorschriften (Anm. 3) nach § 13 Abs. 1 des EG. z. CPO. in Geltung bleiben.

9) Bestimmungen über den Inhalt der Prozeßvollmacht (Preuß. AGO. I 3 § 30, Hann. PO. § 69, Württ. PO. Art. 117, N. E. § 131) sind als selbstverständlich nicht aufgenommen. Es genügt neben der erforderlichen Individualisirung (Personen, Rechtsstreit — s. jedoch § 76 Anm. 3) die Erkennbarkeit des Zweckes.

§ 77.

1) Die Mehrzahl der bisherigen Prozeßordnungen ermächtigten im Allgemeinen den Bevollmächtigten nur zu denjenigen Handlungen, welche der Verlauf des Rechtsstreits in der Regel

mit sich bringt. Die CPO., in bewußter Tendenz gegen die Spezialvollmacht, geht einen Schritt weiter (übereinstimmend mit Hann. PO. § 72 und P. E. § 99), indem sie die Prozeßvollmacht (im Gegensatz der „Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen" — § 79 Abs. 2) auf alle den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ausdehnt und diesen Begriff noch weiter authentisch dahin deklarirt (s. § 52 Anm., Wach I S. 572 ff. A. M. Wilm. Levy Anm. 3), daß in Ermangelung einer Beschränkung (§ 79 Abs. 1) namentlich auch die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkennung darunter fällt. Vgl. §§ 146 Nr. 1, 277, 278. Anders die Eingehung eines Schiedsvertrags (§ 851 Anm. 4).

2) „Widerklage" — zur Entgegnung auf eine Widerklage wie zur Erhebung derselben (vgl. §§ 33, 253, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 72, 73, Wach I S. 574 Anm. 20); desgleichen zur bloßen Klagänderung (§§ 235, 240, 241); vgl. § 79 Anm. 2.

„Wiederaufnahme des Verfahrens" — vgl. §§ 541 ff.

„Zwangsvollstreckung" — auch wenn die Prozeßhandlung im Gewande einer Klage auftritt bzw. durch die Klage einer der Parteien oder eines Dritten veranlaßt wird (z. B. §§ 667, 685—690, 696, 710). [So auch bezüglich des § 690 alle Komment. u. Wach I S. 575 Anm. 24. A. M. Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. IX S. 362 ff., welcher nicht berücksichtigt, daß dieser Interventionsprozeß durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt wird, und die im P. E. § 102 u. N. E. § 134 sich findenden Worte „unter den Parteien" hier absichtlich weggelassen sind. Die besondere Vorschrift wegen der Hauptintervention, die eine vollständige Analogie zur Exekutionsintervention bildet, im § 78 war nothwendig, weil jene nicht durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt wird und § 77 auf sie daher nicht paßt; endlich erwähnen die Mot. zwar nicht zu § 77, wohl aber zu § 78 ausdrücklich, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß sich auf den Interventionsprozeß des § 639 (jetzt 690) erstrecken solle, was, wenn es auch nicht völlig zutreffend ist, doch jedenfalls die — innerlich auch vollständig gerechtfertigte — Absicht des Gesetzgebers, die Vollmacht soweit zu erstrecken, wie bei der Hauptintervention, deutlich erkennen läßt.] Dasselbe gilt, wenn es sich um einen Inzidentstreit nach § 764 handelt (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 277). Ist das Vollstreckungsgericht von dem Prozeßgericht verschieden, so genügt die Bezugnahme auf die bei den Akten des letzteren befindliche Vollmacht (vgl. Seuffert § 76 Anm. 4. Wilm. Levy Anm. 3).

Auf einen nachfolgenden Konkurs erstreckt sich die Vollmacht nicht ohne Weiteres. (So auch Wach I S. 515 Anm. 24. A. M. Gaupp I S. 257.)

„Vertreters" — d. h. Substituten für einzelne Termine oder Prozeßhandlungen oder für die ganze Instanz (§ 163) bzw. den ganzen Prozeß (vgl. § 74 Anm. 2, RAO. § 27 Abs. 2; Preuß. AGO. I 3 §§ 55, 56) im Gegensatz eines in unmittelbares Verhältniß zur Partei tretenden „Bevollmächtigten", welchen er nur für die höheren Instanzen bestellen darf (Puchelt I S. 300 will dagegen letzteres auch für dieselbe Instanz zulassen). Für die untere Instanz bleibt er trotz der Substitution immer Bevollmächtigter; daher geschehen an ihn nach § 162 alle Zustellungen (RG. in Seuffert Arch. 40 Nr. 61, Endemann I S. 372, Sarwey I S. 154, Wach I S. 581. A. M.: Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 77 Nr. 3, A. Förster Anm. 2e u. A.); sein Tod bewirkt die Unterbrechung des Verfahrens (§ 221) und Erlöschen der Befugnisse des Substituten. (Vgl. auch RG. XI S. 368.) — Wegen des Erfordernisses der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft für den Substituten im Anwaltsprozesse s. § 74 Anm. 2.

Nur die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Substitution; ob auch die Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2), bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht (Petersen § 77 Nr. 3).

Wegen der Gebühren s. GO. f. RA. §§ 42, 43. Im Fall des § 25 Abs. 3 d. RAO. kann der Rechtsanwalt Gebühren liquidiren (vgl. § 87 Anm. 4).

Ein Rechtsanwalt, welcher an der Ausübung seines Berufs zeitweise verhindert oder von seinem Wohnsitze abwesend ist, kann nach RAO. §§ 25, 29 einen Stellvertreter er-

§ 78. Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

N Entw. §§ 99, 728, 738. Entw. I. § 76. Entw. II. § 76. Entw. III. § 76. Mot. S. 104, 105. Prot. S. 31.

---

halten, welcher ihn alsdann auch für dieselbe Instanz ganz als Bevollmächtigter ersetzt, und an welchen insbesondere gültig zugestellt wird.

Auch zur Zuschiebung, Annahme (A. M. Uebel I S. 89) und Zurückschiebung sowie zur Erlassung von Eiden (§§ 416 ff., 429) muß der Bevollmächtigte für befugt erachtet werden (anders Preuß. ALR. I 13 § 99, Anh. § 44). Dagegen muß die Ableistung des Eides von dem Schwurpflichtigen in Person geschehen (§ 440).

Zahlungen für den Mandanten — abgesehen von den Kosten — darf der Bevollmächtigte nicht in Empfang nehmen, da die Erfüllung der streitigen Verpflichtung außerhalb des Rechtsstreits liegt (Hann. PO. § 72 und Mot. dazu, P. E. § 99).

„Verzichtleistung auf den Streitgegenstand" — selbstverständlich auch zur Zurücknahme der Klage (§ 243), des Einspruchs oder eines Rechtsmittels (§§ 311, 475, 476, 529); vgl. § 79 Anm. 2.

„Vergleich" — Derselbe muß sich selbstverständlich auf den Gegenstand des Rechtsstreits beschränken (Sarwey I S. 154, Petersen § 77 Nr. 5, Seuffert Anm. 3c u. A. A. M. Hellmann I S. 284), was aber nach dem Begriffe des Vergleichs nicht ausschließt, daß der Bevollmächtigte Entsagungen oder Anerkennungen gegen das Versprechen einer Geldsumme erklären bzw. annehmen kann (L. 9, 33 Cod. de transact. [2, 4], Windscheid, Pand. II § 413 Anm. 8, Wilm. Levy Anm. 5, Seuffert, Arch. 35 Nr. 119, 36 Nr. 38).

„Anerkennung" — vgl. § 278; im Gegensatz von Geständnissen (§§ 81, 261 ff.).

„Empfangnahme — — Kosten" — vollends also zum Antrage auf Feststellung dieser Kosten nach §§ 98 ff.

3) Soweit der Prozeßbevollmächtigte bei den Gerichten der höheren Instanzen zugelassen ist (§ 74 Anm. 2), darf er auch in diesen auftreten, falls die Partei nicht einen neuen Bevollmächtigten dafür bestellt hat. Ist er nicht zugelassen, so ist er doch zur Bestellung eines Bevollmächtigten befugt (s. oben Anm. 2). Auch erlischt die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz nicht mit Erlaß und Zustellung des Endurtheils, sondern bleibt noch später wirksam, z. B. für die Zwangsvollstreckung, und ist nur so lange und so weit suspendirt, als die Prozeßthätigkeit eines für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten Platz greift (RG. VIII S. 367, 424). Vgl. § 164 u. § 162 Anm. 5. Wegen des Umfangs der Befugnisse eines Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz s. § 164 Anm. 2.

4) Für die Vorschuß- und Gebührenleistung haftet der Anwalt nur dann, wenn er die ausdrückliche Haftung für die Partei übernommen hat (s. Allg. Verf. d. preuß. Just. Min. v. 28. Jan. 1880 — JMBl. S. 103).

§ 78.

1) „Die Vollmacht für den Hauptprozeß" — aber nicht umgekehrt umfaßt die Vollmacht für das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren (s. §§ 796 ff.) die für den Hauptprozeß, wie Entw. I vorschrieb; denn, wenn jene dem Hauptprozesse (nämlich im Gegensatze zu den in § 78 genannten Prozeduren) vorangehen, handelt es sich um dringliche Maßregeln, welche an sich provisorischer Natur und meistens nicht vor dem Gerichte des Hauptprozesses zu betreiben sind; ein Rückschluß auf die Wahl derselben Vertreter für den Hauptprozeß ist daher nicht gerechtfertigt.

2) Die Vorschrift des § 78 bildet eine (durch den inneren Zusammenhang gerechtfertigte) positive Ausnahme von der Regel, daß die Prozeßvollmacht zur Führung von neuen Prozessen, welche aus dem Prozesse, für den die Vollmacht ertheilt ist, hervorgehen, nicht ermächtigt (P. E. § 102, Nordd. Prot. S. 213). Vgl. jedoch § 77 Anm. 2 in Betreff der Zwangsvollstreckung.

§ 79. Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen ertheilt werden.

N. Entw. § 136. Entw. I. § 77. Entw. II. § 77. Entw. III. § 77. Mot. S. 105. Prot. S. 31, 32.

§ 80. Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als

---

Für die Nebenintervention (§§ 63 ff.) ist das Gleiche selbstverständlich, d. h. für die durch eine Nebenintervention in dem Hauptprozesse, für welchen die Vollmacht ertheilt ist, veranlaßten Verhandlungen, nicht für die Nebenintervention in einem anderen Prozesse (nur dies meint wohl auch Siebenhaar S. 133, gegen welchen Sarwey I S. 155 kämpft).

§ 79.

1) Ein wichtiges Prinzip kehrt hier wieder (vgl. die Anm. zu § 52), das der unbeschränkbaren Formal-Legitimation. Man mag in dieser absoluten Natur der Prozeßvollmacht einen Rest des dominium litis (vgl. Endemann, Lehrb. S. 297 ff., 302 Anm. 44) oder die Analogie handelsrechtlicher Institute (HGB. Art. 43, 116, 138, 167, 172, 196, 205, 231, 244; s. auch Genossenschafts-Ges. v. 4. Juli 1868 § 23) erblicken, jedenfalls vereinfacht dieselbe das Verfahren und erhöht die Sicherheit des Gegners. Im Verhältniß zwischen Mandanten und Mandatar ist jede Beschränkung gestattet; die Unbeschränkbarkeit gilt nur „dem Gegner gegenüber"; für ihn gelten die Beschränkungen als nicht geschrieben, ohne die Vollmacht im Ganzen ungültig zu machen. Welche Folgen dem Mandanten gegenüber eine Ueberschreitung des Mandats nach sich zieht, beurtheilt sich nach bürgerlichem Recht. Die CPO. hat sich grundsätzlich enthalten, die innere Seite des Vollmachtsvertrags zu regeln (s. § 83 Anm. 1).

2) Eine Ausnahme von der Regel bilden die in Abs. 1 bezeichneten Handlungen (s. § 77 Anm. 1 — nicht bloße Zurücknahme der Klage (§ 243) oder Klageänderung — ein Antrag, letztere hinzuzufügen, ist von der RTK. abgelehnt. In Bezug auf den sog. Parteiprozeß in weiterem Sinne (s. §§ 75 Anm. 1, 152 Anm. 4, Hellmann I S. 290, Kleiner I S. 399; jetzt auch Seuffert Anm. 4. A. M. Puchelt I S. 303) kann nach Abs. 2 eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen allerdings unbeschränkt ertheilt werden; allein damit ist nicht gesagt, daß bei der allgemein zur Prozeßführung ermächtigenden Vollmacht hier einzelne Prozeßhandlungen ausgeschlossen werden dürfen (s. Nordd. Prot. S. 214, Petersen § 79 II 2, Endemann I S. 376, Gaupp I S. 262, Wach I S. 578 Anm. 30. A. M. anscheinend Sarwey I S. 156).

Wegen der Substitution s. § 77 Anm. 2 („Vertreters").

3) Eine Verpflichtung des Mandanten, den Gegner von der in die Vollmacht aufgenommenen Einschränkung noch besonders in Kenntniß zu setzen, läßt sich aus dem Gesetze nicht erweisen; es ist vielmehr Sache des Gegners, wenn er sicher gehen will, sich die Vollmacht vorzeigen zu lassen (vgl. Sarwey I S. 157, Hellmann I S. 288, Gaupp a. a. O., Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 1c, Petersen § 79 I 1 u. Seuffert Anm. 2. A. M. Puchelt I S. 302 Anm. 4, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 57.) Dagegen hat der Gegner nachträglichen Beschränkungen nicht nachzuforschen (Wach I S. 578 Anm. 32).

4) Abs. 2: Auf die hier erörterte „Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen" (vgl. Anm. 1) finden die §§ 76, 80—85, nicht aber die §§ 77, 78 Anwendung.

§ 80.

1) Satz 1 sichert (nach den Mot.) die rasche, energische Durchführung des Prozesses (ähnlich HGB. Art. 114, 167, 196 in Gesellschaftsverhältnissen; abweichend Preuß. ALR. I 13

einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

N. Entw. § 137. Entw. I. § 78. Entw. II. § 78. Entw. III. § 78. Mot. S. 105. Prot. S. 32.

§ 81. Die von den Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

N. Entw. § 138. Entw. I. § 79. Entw. II. § 79. Entw. III. § 79. Mot. S. 105, 106. Prot. S. 32.

---

§ 207). Die mehreren Bevollmächtigten stehen dem Gegner zwar gleichberechtigt gegenüber; hieraus folgt aber nicht, daß, wenn sie einander widersprechen, ihre Erklärungen sich gegenseitig aufheben; vielmehr bindet ein Zugeständniß oder ein Verzicht, welchen auch nur einer derselben dem Gegner erklärt, die übrigen und kann nicht — abgesehen von den Voraussetzungen des § 263 — widerrufen werden. (So auch Sarwey I S. 158, Wach I S. 580. A. M. bei „gleichzeitiger" Erklärung, die aber wohl selten vorkommen wird, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 2, allgemein Puchelt I S. 304, welcher auf § 259, u. Petersen § 80 Nr. 2, der auf §§ 259, 59 u. 81 verweist.)

2) Satz 2 enthält eine Fortentwicklung des in § 79 ausgedrückten Prinzips, und zwar ohne Beschränkung auf den Anwaltsprozeß (s. auch §§ 157 Abs. 3, 172 Abs. 1). Die Klausel „sammt und sonders" ist dem Gegner gegenüber unwirksam, dessen Stellung nicht durch willkürliche Wahl mehrerer Bevollmächtigten erschwert werden soll (vgl. § 79 Anm. 1).

3) Die Mot. bemerken:

„Daß neben dem § 80 die abweichenden Vorschriften des HGB. Art. 41 Abs. 3, Art. 86 Nr. 4, 100, 115 weiter gelten, erhellt aus § 13 des EG. z. CPO."

Hinsichtlich der Handelsgesellschafter kann kein Zweifel bestehen, daß deren Befugnisse als gesetzliche Vertreter (s. § 59 Anm. 2) durch § 80 nicht berührt werden. In Betreff der Kollektiv-Prokuristen verbleibt es nach EG. z. CPO. § 13 bei Art. 41 Abs. 3 des HGB. Dieselben können stets nur gemeinschaftlich handeln (s. v. Hahn, Komm. z. HGB. 3. Aufl. I S. 175, Anschütz u. v. Völderndorff, Komm. z. HGB. I S. 319, ROHG. 17 S. 402), und dies bezieht sich ebensowohl auf den (Partei-)Prozeß als auf andere Geschäfte (s. auch Endemann I S. 377, Hellmann I S. 291, Gaupp I S. 265, jetzt auch Petersen § 80 Nr. 3).

4) Wegen der Gebühren s. GO. f. RA. § 2 u. in Betreff der Erstattung CPO. § 87 Abs. 2.

§ 81.

1) Die Repräsentationsidee des modernen Rechts (vgl. Wach I S. 560 ff.) ist hier für alle Prozeßhandlungen (über den Begriff vgl. § 52 Anm.) nach der Seite der Verpflichtung hin ausgedrückt. Die in Satz 2 im Anschluß an L. 3 C. de errore adv. (2, 10) enthaltene, übrigens nicht auf andere Prozeßhandlungen, z. B. die in § 79 Abs. 1 bezeichneten Verfügungsakte (vgl. die Mot., Seuffert Anm. 3, Petersen § 81 Nr. 3, A. Förster Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Sarwey I S. 159, Gaupp I S. 266, Hellmann I S. 293), entsprechend auszudehnende Modifikation kann als eine Konsequenz des Mündlichkeitsprinzips aufgefaßt werden. Sie gilt für den Anwaltsprozeß wie für den Parteiprozeß (A. M. Siebenhaar S. 136). Immer gehen die thatsächlichen Angaben der persönlich anwesenden Partei auch im Anwaltsprozeß denen des Anwalts vor (vgl. auch § 132, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 244). Daraus ist aber nicht (mit dem RG. X S. 423) zu folgern, daß der Prozeßbevollmächtigte sich nicht gegnerische Behauptungen aneignen darf, welche von seinem Mandanten bereits bestritten worden sind; es verhält sich hiermit nicht anders als mit widersprechenden Behauptungen derselben Partei (vgl. auch Seuffert Anm. 3 a. E.). Miterschienen ist die Partei nur, wenn sie bei der Verhandlung mitwirkt (s. § 74 Anm. 1 Abs. 2), nicht, wenn sie blos als Zuhörer an-

§ 82. Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

R. Entw. §§ 139, 385. Entw. I. § 80. Entw. II. § 80. Entw. III. § 80. Mot. S. 106. Prot. S. 32.

§ 83. Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

R. Entw. §§ 144, 145. Entw. I. § 81. Entw. II. § 81. Entw. III. § 81. Mot. S. 106, 107. Prot. S. 32, 516, 517.

---

wesend ist. Die Bedeutung des „sofort“ ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu bemessen.

Daß auch Unterlassungen des Bevollmächtigten für die Partei verbindlich sind, zeigt § 210 Abs. 2. Eine Restitution wegen Versehen desselben (wie nach Bad. PO. §§ 157 ff. — s. auch Wetzell S. 679 ff., Renaud S. 610 ff.) findet nicht statt.

2) Selbstverständlich bezieht sich § 81 nur auf solche Prozeßhandlungen, zu denen der Bevollmächtigte nach den Bestimmungen über den Umfang der Prozeßvollmacht berechtigt ist, wie in der RTK. ausdrücklich konstatirt wurde.

§ 82.

1) Nicht blos die „clausula heredum“ (Jüngster Reichsabschied § 99) wird stillschweigend verstanden (wie nach Preuß. ALR. I 13 § 192, AGO. I 3 § 59, Hann. PO. § 73 — vgl. auch HGB. Art. 54 Abs. 2), sondern der Grundsatz ist auch auf die Fälle eines Wechsels des gesetzlichen Vertreters sowie des Eintritts oder Aufhörens der Prozeßfähigkeit der Partei (ALR. I 13 § 196) erweitert. Daß die Verheirathung der Machtgeberin ohne Einfluß ist, folgt schon aus § 51 Abs. 2. Die Konsequenz des § 82 ist, daß in allen jenen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens nicht stattfindet (§ 223). Anders im Falle des Konkurses (§ 218) — vgl. Preuß. ALR. I 13 § 199.

Nach dem Grundsatze des § 79 kann die Anwendung der Bestimmung des § 82 nicht ausgeschlossen werden (Gaupp I S. 268, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M.. Endemann I S. 380). Letzteres gilt übrigens auch dem Machtgeber gegenüber, da die Beschränkung auf den Gegner (§§ 79, 80, 83) hier fehlt. Selbstverständlich kann jedoch der Nachfolger kündigen (§ 83).

2) — „nach Aussetzung des Rechtsstreits“ — d. h. wenn eine solche überhaupt angeordnet ist (§ 223). Eine Anzeige an den Gegner, wie in der RTK. beantragt wurde, ist nicht vorgeschrieben, nachdem hervorgehoben worden war, daß prozessuale Folgen an die Unterlassung nicht geknüpft werden könnten.

„Nachfolger im Rechtsstreit“ — d. h. Rechtsnachfolger der Partei bzw. die prozeßfähig gewordene Partei oder deren nunmehriger gesetzlicher Vertreter. Vgl. §§ 217, 219, 223.

3) Wegen der Folgen des Todes ꝛc. des Bevollmächtigten s. § 221. Im Parteiprozesse findet in diesem Falle, obwohl die Vollmacht erlischt, eine Unterbrechung nicht statt (s. § 221 Anm. 5). Auch durch die Unfähigkeit des Bevollmächtigten zur Vermögensverwaltung wird die Vollmacht nicht aufgehoben, da die CPO. den § 196 I 13 ALR. nicht aufgenommen hat [Förster (Eccius) II § 141 Anm. 180 S. 379].

§ 83.

1) Die Berechtigung zur Kündigung und die Folgen einer unzeitigen Kündigung be-

§ 84. Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

N. Entw. § 140. Entw. I. § 82. Entw. II. § 82. Entw. III. § 82. Mot. S. 107–109. Prot. S. 32, 33, 517.

---

stimmen sich nach dem bürgerlichen Recht (vgl. § 79 Anm. 1 a. E.) und zwar nach dem, welches am Orte der Geschäftsführung gilt. Nach außen aber wirkt die Kündigung der Prozeßvollmacht seitens der Partei oder des Bevollmächtigten — selbst bei Kenntniß des Gegners — erst mit der Anzeige des Erlöschens (richtiger der Kündigung; vgl. Wach I S. 583) bzw. der Bestellung eines anderen Anwalts, damit für den Fortgang des Prozesses und insbesondere für den Prozeßgegner keine Schwierigkeiten erwachsen (vgl. HGB. Art. 46). Bis zu jenem Zeitpunkte geschehen also die Zustellungen an den früheren Bevollmächtigten (RG. IV S. 414, OLG. Kiel in Seuffert Arch. 40 Nr. 242), und dessen Handlungen verpflichten und berechtigen nach wie vor den früheren Vollmachtgeber. Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt somit nicht ein — s. § 221 Anm. 1.

Eine besondere Form der Anzeige des Erlöschens ist nicht vorgeschrieben. Im Anwaltsprozesse kann die Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts nach allgemeinen Grundsätzen (§ 74 Anm. 3) nur durch Schriftsatz des neuen Anwalts geschehen, welcher in gewöhnlicher Weise (§§ 152 ff.) zuzustellen ist. (Vgl. Sarwey I S. 161, Seuffert Anm. 2, Gaupp I S. 270, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Hellmann I S. 297.)

2) Abs. 2: Hier wird nur bestimmt, inwiefern der Bevollmächtigte trotz der seinerseits erfolgten Kündigung (richtiger Niederlegung der Vollmacht — Wach I S. 584) nach außen hin, d. h. dem Gegner und dem Gericht gegenüber (vgl. auch Sarwey I S. 161, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 3, Wach I S. 585. A. M., jedoch von einander abweichend: Gaupp I S. 270, Wilm. Levy Anm. 2 — auch dem Machtgeber gegenüber), weiter zu handeln befugt ist. Eine Verpflichtung dazu dem Mandanten gegenüber (wie es nach den Mot. scheinen kann) ist nicht ausgesprochen. Diese Frage beantwortet sich nach dem bürgerlichen Recht (z. B. L. 22 § 11, L. 27 § 2 D. mand. [17, 1], Preuß. ALR. I 13 §§ 172 ff., Code civ. Art. 2007 2010). Ein Antrag, eine derartige Verpflichtung festzusetzen, ist aus jenem Grunde von der RTK. abgelehnt.

§ 84.

1) Abs. 1 bezieht sich auf alle Prozesse, Abs. 2 nur auf den Parteiprozeß (im weiteren Sinne); vgl. Anm. 3—5.

„Der Mangel“ nach Existenz, Inhalt oder Form; vgl. § 76.

2) — „von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits“ — mittels der sog. exceptio procuratoria, die nicht zu den prozeßhindernden Einreden (§ 247) gehört und an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden ist. Frühere Kenntniß des Mangels steht dem Gegner also nicht entgegen. Freilich wirkt die Rüge nicht zurück; die früheren Verhandlungen gelten vielmehr wegen Unterlassung der Rüge als stillschweigend genehmigt [§ 267; vgl. auch Endemann I S. 384, A. Förster Anm. 3, Sarwey I S. 162, RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1074. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 5, Wach I S. 601 Anm. 16, vor allem wegen der Worte „in jeder Lage des Rechtsstreits“, welche jedoch für die rückwirkende Kraft der jederzeit zulässigen Rüge nicht entscheiden, Wach auch mit Rücksicht auf §§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 4], soweit es überhaupt auf eine Rüge ankommt, also nur im Anwaltsprozesse (vgl. Abs. 2). Auch in höherer Instanz kann der Mangel noch geltend gemacht werden. Die Anfechtung eines Urtheils durch Berufung, Revision (§ 513 Nr. 3) oder Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 4) ist auf den Mangel nur zu gründen, wenn die Rüge nicht beachtet bzw. die Legitimationsfrage unrichtig entschieden, oder wenn Abs. 2 verletzt ist. (Vgl. Endemann I S. 384, Sarwey I S. 162, dagegen Wach a. a. O.) Uebrigens hängt es, soweit nicht von § 85 Abs. 1

§ 85. Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen

---

Gebrauch gemacht wird, von dem Gegner ab, ob er sofort ein Versäumnißurtheil oder Nachbringung der Vollmacht unter Vertagung der Sache begehren will.

Die nicht vertretene Partei selbst kann sich selbstverständlich in jedem Stadium des Verfahrens melden und das etwa bereits ergangene Urtheil in Ermangelung ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung (§ 267) durch die gewöhnlichen Rechtsmittel oder eventuell durch Nichtigkeitsklage angreifen. Diese Vorschriften machen eine Mißbilligungsklage (désaveu) im Sinne des Code de proc. art. 352 ff. und der Bayer. PO. Art. 95—99 auf Nichtigkeitserklärung der von dem unberechtigten Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen und darauf hin erlassenen Entscheidungen entbehrlich. Dieselbe hängt dort mit der die Prozeßstellung des Gegners ohne hinreichende Sicherung lassenden Einrichtung des französischen Rechts zusammen, daß der für eine Partei auftretende Anwalt überhaupt keiner Vollmacht bedarf, sondern sowohl dem Gerichte als dem Gegner gegenüber durch die Erklärung, bevollmächtigt zu sein, legitimirt ist (s. § 76 Anm. 1, Hann. Prot. XIII S. 4947—4956).

3) Abs. 2: Die CPO. hält für den Parteiprozeß (vgl. Anm. 5) an der im gemeinen Civilprozesse, im Preußischen Rechte 2c. bestehenden Offizialprüfung der Vollmachten fest. Beglaubigung kann aber nur der Gegner verlangen (s. § 76 Anm. 6).

4) — „hat von Amtswegen zu berücksichtigen" — Prozessualisch gestaltet sich die Offizialprüfung (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 179) ähnlich wie im Falle des § 54 (s. die Anm. 1—3 das.). Ein Versäumnißurtheil kann also nur ergehen, wenn vorher gehörig geladen war. Ist von einem falsus procurator geklagt, so kann nur „wie angebracht" abgewiesen werden unter Verurtheilung desselben in die Kosten. [So auch Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 2. Dagegen will Eccius in Gruchot Beitr. XXIX S. 7 auch hier den falsus proc. nachträglich als die eigentlich klagende Partei ansehen.] In welchem Zeitpunkte des Verfahrens das Gericht die Berücksichtigung eintreten lassen muß (nicht „kann", wie ein Antrag in der RTK. wollte), ist nicht vorgeschrieben. Zur Verhütung zweckloser Verhandlungen wird es aber sogleich bei der ersten Verhandlung geschehen müssen (vgl. auch §§ 130 Abs. 2, 193 Anm. 3, 300 Nr. 1). Die Terminsbestimmung kann wegen Mangels der Vollmacht nicht versagt werden (s. § 193 Anm. 3). Wegen einstweiliger Zulassung unlegitimirter Bevollmächtigten s. § 85.

5) — „insoweit — nicht geboten ist" — vgl. §§ 75 Anm. 1, 152 Anm. 4. Gegen die (von Gaupp I S. 272 mit Rücksicht auf die Mot., die von „Parteiprozeß" sprechen, vertheidigte) Beschränkung der Bestimmung auf den Parteiprozeß im engeren Sinne spricht nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Zweck derselben, da bei den betreffenden Prozeßhandlungen nicht blos Rechtsanwälte als Vertreter in Betracht kommen. (Vgl. Seuffert Anm. 2, Sarwey I S. 163, A. Förster Anm. 5, jetzt auch Petersen §§ 84, 85 Nr. 3 u. A.) Im Uebrigen ist im Anwaltsprozesse die Prüfung des Vollmachtspunktes den Rechtsanwälten mit Rücksicht auf die in ihrer Befähigung und Stellung liegenden Garantien überlassen (vgl. auch H. E. § 105, Hann. Prot. IV S. 1023—1045, 1128—1131). Das Gericht hat also im Anwaltsprozesse einen Rechtsanwalt, welcher für eine Partei auftritt, so lange als Prozeßbevollmächtigten derselben zu behandeln, als nicht von der Gegenpartei der Mangel der Vollmacht gerügt worden ist. Dies gilt (im Interesse der Einfachheit und Schleunigkeit des Verfahrens) auch dann, wenn die Partei keine Gelegenheit hatte, den Mangel zu rügen, z. B. in der Verhandlung, in welcher die Vollmacht vorgelegt wurde, nicht erschienen ist (anders N. E. § 140 Abs. 2, Hann. PO. § 74, H. E. § 105).

§ 85.

1) Abs. 1: „Jemand" — d. h. eine Person, welche überhaupt als Bevollmächtigter auftreten darf (§§ 74, 75). „Vermuthete Vollmacht" (Hann. PO. § 86 2c.) ist nicht erforderlich.

zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

N. Entw. §§ 141–143. Entw. I. § 83. Entw. II. § 83. Entw. III. § 83. Mot. S. 109, 110. Prot. S. 33, 517.

---

2) — „als Geschäftsführer — Vollmacht" — Die beiden Fälle des wirklichen Bevollmächtigten, welcher keine Vollmacht beigebracht hat, und des Geschäftsführers ohne Auftrag (negotiorum gestor) sind im Abs. 1, wo nur das Verhältniß zum Gegner in Betracht kommt, völlig gleich behandelt. Es genügt, daß der Erschienene sich als Vertreter gerirt. Eine Bescheinigung des ertheilten Auftrages oder der wahrscheinlichen Genehmigung (Hann. PO. § 75) ist nicht erforderlich. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß der Vertreter selbst oder der Gegner oder im Parteiprozesse (im weiteren Sinne) das Gericht auf den Mangel der Vollmacht aufmerksam gemacht hat.

3) — „kann — einstweilen zugelassen werden" — An Stelle aller gesetzlichen Bedingungen (z. B. Gefahr im Verzuge in § 54 Abs. 2) tritt das Ermessen des Gerichts sowohl bezüglich der Zulassung überhaupt und deren Dauer („einstweilen") als bezüglich der Sicherheitsleistung. Letztere ist keine (gemeinrechtliche) cautio judicatum solvi bzw. de rato, sondern erstreckt sich nur auf die (in der CPO. nicht, wie im N. E. § 142, ausgesprochene) Verpflichtung zum Ersatze von „Kosten und Schäden", welche eventuell in besonderem Prozesse einzuklagen sind — vgl. HGB. Art. 55 — (ein Antrag, die Verurtheilung in die Kosten im Hauptverfahren zuzulassen, ist von der RTK. abgelehnt). Ueber die Kautionsmittel s. § 101. Die Zulassung ermächtigt den Vertreter „zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen, verpflichtet den Gegner zur Verhandlung des Rechtsstreits mit dem zugelassenen Vertreter und ermöglicht die vorläufige Verhandlung des Prozesses bis zur Fällung des Endurtheils" (Mot.). Ein Beispiel liefert die Zulassung eines Konsuls als Vertreters seines Heimathsstaates oder dessen Angehöriger (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 58).

4) Die Bestimmung in Satz 2 stimmt mit § 54 Abs. 2 überein. Im Falle der Zulassung ist jedes Mal, ehe das Endurtheil erlassen (nicht „beantragt", wie nach H. E. § 336) werden kann, eine Frist zur Einholung der Genehmigung zu bestimmen, welche zweckmäßiger Weise in dem Verfahren, das überhaupt mündliche Verhandlung erfordert, mit Ansetzung eines neuen Verhandlungsbeweises zu verbinden ist (vgl. Schneider im civ. Arch. 66 S. 279, Seuffert Anm. 1 u. A.). Die Genehmigung liegt selbstverständlich auch in der Nachbringung der Prozeßvollmacht (N. E. § 143, Hann. PO. § 77 u. s. w.), welche für das fernere Verfahren nach §§ 76, 84 immer erforderlich bleibt. Inzwischen kann das Gericht verhandeln lassen, auch Beschlüsse, insbesondere Beweisbeschlüsse, und Zwischenurtheile (§ 275) erlassen (vgl. Wilm. Levy Anm. 3; wegen der Zwischenurtheile, welche hinsichtlich der Rechtsmittel dem Endurtheil gleichgestellt sind, s. Wach I S. 597). Daß das Endurtheil (vgl. § 272 Anm. 2) nicht vor unbenutztem Ablauf der Frist — deren Erneuerung zulässig ist; vgl. § 54 Anm. 3 a. E. — erlassen werden darf, dient zur Sicherung des Gegners. Streitig sind die Folgen des fruchtlosen Ablaufs der Frist. Die Mot. bemerken: „Es gilt also für den fruchtlosen Ablauf der Frist die Annahme, daß die Genehmigung versagt sei (N. E. § 41), und es wird in diesem Falle die Partei als nicht erschienen behandelt. Sie unterliegt daher dem Versäumnißverfahren (§§ 295 ff.)". Abweichende Anschauungen, wonach in diesem Falle nur gegen den falsus procurator ein Urtheil ergehen kann, wurden in der RTK. ohne Erfolg entwickelt. Die Ausführung der Mot. ist in der That in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Sie trifft nur zu, insoweit der Vertreter des Beklagten ohne Auftrag oder Vollmacht handelt. Ist der Vertreter des Klägers in dieser Lage, und schon die Klage ohne Vollmacht angestellt, so kann so wenig wie in den Fällen des § 54 (vgl. § 54 Anm. 1, § 84 Anm. 4,

§ 86. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

N. Entw. §§ 147, 148. Entw. I. § 84. Entw. II. § 84. Entw. III. § 84. Mot. S. 110, 111. Prot. S. 33.

Seuffert § 54 Anm. 4) ein Versäumnißurtheil gegen den Kläger erlassen werden, mit welchem ein Prozeßrechtsverhältniß gar nicht entstanden ist; vielmehr kann nur ein die Klage „wie angebracht" abweisendes (kontradiktorisches) Urtheil erfolgen unter Verurtheilung des vollmachtlosen klägerischen Vertreters in die Kosten. (So auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy § 84 Anm. 1, Wach I S. 602 ff. A. M. Petersen §§ 84, 85 Nr. 3, A. Förster § 84 Anm. 4 u. A. Just im civ. Arch. 68 S. 323 will, wenn die Klage von einem unlegitimirten Vertreter angestellt ist, überhaupt kein Urtheil erlassen, sondern das Verfahren einstellen; vgl. aber die Analogie in § 54 Anm. 1.) Anders wenn die Klage von dem richtigen Vertreter angestellt ist und der falsus proc. in der mündlichen Verhandlung auftritt. Wegen vollmachtloser Vertretung in der Rechtsmittelinstanz s. Wach I S. 694 ff., Seuffert § 84 Anm. 4.

Das Versäumnißurtheil kann, sofern ein entsprechender Antrag für den Fall der Versäumung der Frist bereits in der früheren mündlichen Verhandlung gestellt war, auch im Anwaltsprozesse nach Ablauf der Frist ohne weitere mündliche Verhandlung erlassen werden (vgl. § 54 Anm. 1 u. 3, Gaupp I S. 277, 278). Die Frist bewirkt übrigens niemals die Ausschließung der betreffenden Legitimation (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 335). Vgl. § 54 Anm. 3. Wird die Genehmigung beigebracht, so wird diese freilich, wenigstens im Anwaltsprozesse, erst zum Gegenstande einer mündlichen Verhandlung zu machen sein (Endemann I S. 387, Schneider a. a. O. S. 282, Wach I S. 596. A. M. in letzterer Hinsicht Gaupp a. a. O.).

Ueber den Fall, wenn zwischen der einen Partei und dem angeblichen Vertreter der anderen ein Vergleich geschlossen ist, vgl. Schneider a. a. O. S. 278 ff.

5) Abs. 2: Gegenüber der (nach Abs. 1) vertretenen Partei deckt auch die mündliche Vollmacht und die formlose Genehmigung den Mangel (die Mot. heben die darin enthaltene Modifikation des Preuß. Rechts hervor) — vgl. auch §§ 513 Nr. 6, 542 Nr. 4. Als stillschweigende Genehmigung gilt regelmäßig (nicht nothwendig; s. Wach I S. 598 Anm. 11. A. M. Wilm. Levy Anm. 4) die nachträgliche Vollmachtsertheilung, jedoch nicht ohne Weiteres die Einlegung eines anderen Rechtsmittels als die Nichtigkeitsklage (anders N. E. § 879); s. § 84 Anm. 2; es kommt vielmehr auf die Umstände an (Petersen §§ 84, 85 Nr. 7 a. E., Puchelt I S. 315, Gaupp I S. 279). — Selbstverständlich kann der Gegner gleichwohl nach § 76 schriftliche Vollmacht fordern. Nur für diese gilt § 79 Abs. 1. Die Genehmigung ist ein einseitiges, der Akzeptation nicht bedürfendes Rechtsgeschäft. Wegen Zulässigkeit theilweiser Genehmigung s. Wach I S. 599 ff.

Die Vorschrift des Abs. 2 kommt auch dem Vertreter ohne Auftrag (nach Endemann I S. 317, 318 diesem sogar unmittelbar und zunächst) zu Statten (vgl. RG. in D. J. Ztg. 1883 S. 526). Im Uebrigen ist das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Vertretenen nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen (vgl. § 79 Anm. 1, Wach I S. 594), desgleichen auch, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, die Frage, ob und inwieweit der unbeauftragte Prozeßvertreter bei ausbleibender Genehmigung der Prozeßführung dem Gegner für die Kosten und Schäden des Prozesses verantwortlich ist. Gemeinrechtlich dürfte dies nach den Grundsätzen der negotiorum gestio nicht (ohne dolus oder culpa) wegen einfacher Widerrechtlichkeit anzunehmen sein (A. M. Brinkmann: Die Begründung der Klagen I S. 108 Anm. 8).

§ 86.

1) Um den Parteien „die möglichste Freiheit in der Rechtsverfolgung zu gewähren", ist hier in beschränkter Weise das Institut der Beistandschaft (Advokatur) aufgenommen (s. Wetzell

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

§ 87. Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach

---

S. 58 ff., Renaud S. 157 ff., Endemann, Lehrb. § 92, Preuß. AGO. I 3 §§ 14—21). Nicht unter § 86 fallen RAO. §§ 25 Abs. 3, 27 Abs. 2.

„Insoweit nicht geboten ist" — vgl. §§ 75 Anm. 1, 152 Anm. 4. (A. M. Endemann I S. 389, welcher den Anwaltsprozeß schlechthin ausschließt.)

— „eine Partei" — aber nicht ein Prozeßbevollmächtigter. Anders RAO. §§ 25 Abs. 3 a. E., 27 Abs. 2.

— „mit jeder prozeßfähigen Person" — Die Fähigkeit zur Beistandschaft ist lediglich durch Prozeßfähigkeit bedingt. Vgl. auch § 75 Anm. 2. Hinsichtlich der Rechtsanwälte ist besonders bestimmt, daß die Zulassung bei irgend einem Gerichte zum Auftreten als Beistand bei jedem Gericht berechtigt (RAO. § 26). Ausnahme: RAO. § 100 Abs. 2. Die Gebühren der Rechtsanwälte sind die gleichen wie für die Vertretung (GO. f. RA. § 4). — Beschränkungen hinsichtlich der Gerichtsvollzieher enthält die Preuß. GVO. v. 23. Febr. 1885 § 37 (JMBl. S. 55).

Eine Ausnahme von Abs. 1 s. in § 572 Abs. 1.

2) Der Beistand tritt neben („mit") der Partei auf, weshalb er keiner weiteren Legitimation bedarf. Dennoch kann in der Beistandschaft ein Stück Repräsentation enthalten sein. Seine Erklärungen gelten mit ähnlicher Beschränkung wie in § 81 als die der Partei. Seine Erklärungen jeder Art („das Vorgetragene") gelten mit der gleichen Beschränkung, wie nach § 81 (insoweit usw.) für Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen, als die der Partei. Auch hinsichtlich der Ausschließung eines Beistandes gelten dieselben Grundsätze wie beim Bevollmächtigten (§ 143).

In Betreff des Kostenersatzes für Beistände fragt es sich, ob der Beistand im Sinne des § 87 Abs. 1 nothwendig war — s. Mot. S. 112. War der Beistand ein Rechtsanwalt, findet § 87 Abs. 2 Anwendung.

Fünfter Titel.

1) Die Prozeßkosten zerfallen in Gebühren, d. i. Vergütung der Thätigkeit des Gerichts oder der im Prozesse thätigen Beamten bzw. Rechtsanwälte, und Auslagen (des Gerichts, der gedachten Personen oder der Parteien selbst).

Die CPO. regelt nur die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Parteien in Betreff der Prozeßkosten.

> „Die Rechte der Staatskasse (des Justizfiskus) und der von den Parteien im Prozesse in Anspruch genommenen Beamten wegen der Sporteln und Gebühren stehen hier außer Frage und sind besonderer gesetzlicher Regelung vorbehalten" (Mot.).

Demgemäß sind ergangen:

a) das Gerichtskostengesetz v. 18. Juni 1878 (RGBl. S. 141), welches, auf dem Bauschgebührensystem beruhend, in den §§ 81—97 die Vorschriften über die Zahlung von Kostenvorschüssen und der Kosten selbst enthält;

b) die Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher v. 24. Juni 1878 (RGBl. S. 166); vgl. insbes. §§ 18—21;

c) die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173); vgl. insbes. §§ 16, 17;

(Ueber diese Gesetze s. Pfafferoth, Gerichtskostenwesen. 3. Aufl. Berlin 1881.)

d) die Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879 (RGBl. S. 176), (vgl. darüber u. A. Fr. Meyer: Die GO. f. RA. 2. Aufl. Berlin 1884; Völk, GO. f. RA. Nördlingen 1879; Pfafferoth: Handb. f. d. Anwaltsgebührenwesen. Berlin 1879; H. Walter: D. GO. f. RA. v. 7. Juli 1879 ꝛc. mit Kommentar. Berlin 1885; derselbe: D. Rechtsanwaltsgebühren in Preußen ꝛc. mit Komm. Berlin 1885; Willenbücher: Das Kostenfestsetzungsverfahren

freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

N. Entw. § 149. Entw. I. § 85. Entw. II. § 85. Entw. III. § 85. Mot. S. 111, 112. Prot. S. 33, 518, 660.

---

und die Deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Berlin, 1884). Einige Bestimmungen über Gebühren und Auslagen der Rechtsanwälte finden sich aber auch in der RAO. §§ 32, 38. Auf das Rechtsverhältniß der Parteien unter einander bezieht sich § 18 Abs. 5 das.;

e) das die Gesetze unter a und b theilweise abändernde Gesetz v. 29. Juni 1881 (RGBl. S. 178).

S. auch Preuß. AG. z. GKG. 2c. vom 10. März 1879 (GS. S. 145) und AG. z. GO. f. RA. v. 2. Febr. 1880 (GS. S. 43), erläutert in Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 351 ff., Erg.-Heft S. 1. Wegen Prüfung des Gerichtskostenansatzes s. d. Allg. Verf. des Justiz-Min. v. 28. Febr. 1885 (JMBl. S. 90). Wegen Einziehung der Gerichtskosten s. Verordn., betr. d. Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, v. 7. Septbr. 1879 (GS. S. 591) u. Verordn., betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen im Gebiete der Justizverwaltung, v. 4. August 1884 (GS. S. 321); vgl. auch Instruktion für die Verwaltung der Kassen bei den Justizbehörden, v. 1. Dez. 1884 (JMBl. S. 272) §§ 20 ff.

Wegen der Gebühren 2c. der Rechtsanwälte usw. in dem Verhältnisse zum Auftraggeber s. noch § 34 Anm. 2.

2) Der vorliegende Titel enthält nur die Hauptgrundsätze. In engem Zusammenhange mit ihm stehen die Titel 6 und 7. Zahlreiche Spezialbestimmungen sind wegen des Zusammenhangs mit anderen Vorschriften in der CPO. zerstreut — vgl. §§ 216 Abs. 3, 251 Abs. 2, 256 Abs. 2, 309 (Versäumniß); §§ 243 Abs. 3, 476 Abs. 3, 529 (Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln); §§ 344, 345, 366, 374, 378 (Zeugen und Sachverständige); § 573 Abs. 2 (Urkunden- und Wechselprozeß); §§ 591, 601, 614, 618, 622 (Ehe- und Entmündigungsverfahren); §§ 632, 638 (Mahnverfahren); §§ 697, 708, 719, 760, 771, 773, 791 (Zwangsvollstreckung).

3) Die §§ 87—97 ordnen die Verpflichtung zur Tragung der Kosten, §§ 98—100 das Verfahren behufs Festsetzung des Kostenbetrags. § 87 enthält den Hauptgrundsatz, § 88 einige Folgerungen aus demselben; die §§ 89—93 bringen Ausnahmen; § 94 handelt von der Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt, § 95 von Streitgenossen, § 96 von den Kosten bei der Nebenintervention, § 97 von der Kostenpflicht gewisser nicht als Partei bei dem Rechtsstreite betheiligten Personen.

4) Der Gerichtskasse gegenüber ist derjenige der Schuldner, welchem durch gerichtliche (wenngleich nicht rechtskräftige) Entscheidung die Kosten auferlegt sind, oder welcher dieselben durch eine vor dem Gerichte abgegebene oder diesem mitgetheilte Erklärung übernommen hat, in letzterem Falle jedoch jede Partei wenigstens zur Hälfte; das Extrahentenprinzip gilt nur subsidiär (GKG. §§ 86, 88, 89 u. Mot. S. 97 ff.). [Vgl. Fitting § 101, S. 395 ff.] Im Falle der Kosten-Kompensation (Vergleichung — § 88 Abs. 1) trägt jeder Theil die Hälfte der Gerichtskosten (RG. VI S. 398, H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 294. A. M. Thulesius: Der § 90 des GKG. S. 19, 47 ff.; derselbe: Die Zurücknahmegebühr S. 56; Pfafferoth, Gerichtskostenwesen 3. Aufl. Anm. z. § 86 d. GKG). — Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung Dritter zur Kostenzahlung sind unberührt geblieben (s. GKG. § 92). Ueber das preuß. Recht s. A. Förster Allg. Bem. z. Tit. 5 unter 3. Schuldner der Gebühren und Auslagen

des Gerichtsvollziehers ist bei Geschäften, welche von Amtswegen angeordnet werden, die Staatskasse, sonst der Auftraggeber (GO. f. GV. § 19).

5) In jeder Instanz hat der Antragsteller einen der höchstmöglichen Gebühr gleichkommenden Gebührenvorschuß an die Staatskasse zu zahlen; außerdem sind baare Auslagen bei jedem Antrage, welcher solche erforderlich macht, von dem Antragsteller vorzuschießen (GKG. §§ 81, 84, 85, 90). In gewissen Fällen kann von der Leistung des Vorschusses die Vornahme einer Handlung abhängig gemacht werden (CPO. §§ 344, 367, 792, 813). Der Gerichtsvollzieher ist zum Verlangen eines Vorschusses stets berechtigt, sofern nicht das Geschäft von Amtswegen angeordnet oder für eine zum Armenrecht zugelassene Person (s. § 107 Nr. 3) auszuführen ist (GO. f. GV. § 18). Der Rechtsanwalt kann von seinem Auftraggeber angemessenen Vorschuß fordern (GO. f. RA. § 84, RAO. § 38). Vgl. auch oben § 34 Anm. 2.

Eine Verpflichtung zum Kostenvorschuß dem Prozeßgegner gegenüber ist der CPO. nicht bekannt. Die bezüglichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. Preuß. ALR. II 1 § 726) sind unberührt geblieben, müssen aber im Wege besonderer Klage geltend gemacht werden (s. auch Gaupp I S. 282, Seuffert allg. Bem. z. Tit. 5 unter 4).

6) Ueber die Gebührenfreiheit beim Verfahren vor den Landgerichten und vor dem Reichsgerichte s. GKG. § 98, Verordn., betr. die Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem Reichsgericht, v. 24. Dezember 1883 (RGBl. 1884 S. 1). Dieselbe bezieht sich nicht auf die baaren Auslagen. Für Preußen vgl. Gerichtskostenges. v. 10. Mai 1851 § 4 (GS. S. 622) u. Ges., enthaltend Bestimmungen über Gerichtskosten u. über Gebühren der Gerichtsverwaltung, v. 21. März 1882 (GS. S. 129).

7) Eine Darstellung der Bestimmungen der CPO. bezüglich der Kostenpflicht geben Francke in Busch, Zeitschr. VI S. 64 ff. und H. Meyer das. VII S. 281 ff.; eine Zusammenstellung von Entscheidungen über das GKG. enthält Birkmeyer, Entscheidungen der deutschen Gerichte zum Gerichtskostengesetz. Wismar, 1883.

§ 87.

1) Abs. 1: Die CPO. geht von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich ziehe. Es erübrigt, dafür als Quelle eine besondere Sponsion aufzusuchen (Wetzell S. 562, 563). Die Kostenerstattungspflicht ist eine eigenthümliche prozeßrechtliche Verbindlichkeit, die auch nicht auf das Prinzip der Strafe oder auf die allgemeine Verpflichtung zum Ersatze widerrechtlich verursachten Schadens (so noch Bad. PO. § 169), sondern lediglich auf die Thatsache des Unterliegens im Prozesse zurückzuführen ist (vgl. auch Bolgiano S. 167, 170 ff., Francke a. a. O. S. 64 ff., 73 ff., H. Meyer a. a. O. S. 282 ff., RG. VIII S. 18; s. jedoch auch RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 107).

Wenn in der Hauptsache keine Entscheidung zu fällen ist, weil der Beklagte nach Erhebung der Klage den Kläger befriedigt bzw. klaglos gestellt hat, ohne daß dieser die Klage zurücknimmt (§ 243 Abs. 3), während die Parteien noch über die Kostenpflicht streiten, so ist über letztere nicht anders zu entscheiden, als ob der Klagantrag nicht erledigt worden wäre, also in entsprechender Anwendung der §§ 87, 89. Der § 94 bezieht sich nur auf die Rechtsmittelinstanz und steht einer solchen, in die Hauptsache eingehenden Entscheidung nicht entgegen (vgl. Pfizer in Gruchot, Beitr. XXX S. 98 ff. A. M. OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 40 Nr. 59, welches lediglich den Kläger für kostenpflichtig hält, wenn er nicht auf seinem Antrage in der Hauptsache beharrt).

Ueber die Verpflichtung hinsichtlich der Kosten ist auch ohne Antrag spätestens im Endurtheil zu erkennen (§§ 279 Abs. 2, 292; vgl. auch § 96 Anm. 1 a. E.). Theilurtheile über den Kostenpunkt sind zulässig und, wenn ein Theilurtheil in der Hauptsache ergeht, sogar erforderlich; mindestens bedarf es eines Vorbehalts (vgl. §§ 4 Anm. 3, 273 Anm. 3). [Seuffert Anm. 4 will selbst über Kostenseparationen (§§ 90—92) nur im Schlußurtheil erkennen lassen (Ausnahme nur im Falle des § 92 Abs. 2), soweit es sich nicht um die Kosten eines Zwischenurtheils mit Dritten handelt.] Ebenso kann — allerdings nicht auf Grund des § 87 (vgl. RG. XIII S. 413) — der Kosten-

punkt, soweit es sich nicht um die erst später entstehenden Kosten handelt (vgl. H. Meyer a. a. O. S. 290), zum Gegenstand eines Zwischenurtheils (§ 275) und selbst eines Zwischenstreits gemacht werden (s. §§ 90 Anm. 1, 91 Anm. 2, 275 Anm. 1; § 94 steht nicht entgegen). [Ebenso Endemann I S. 392, Fitting § 102 S. 403, Sarwey I S. 168, A. Förster Anm. 2, § 91 Anm. 3 u. A.; vgl. §§ 90 Anm. 4, 91 Anm. 1. A. M. hinsichtlich des Zwischenurtheils Schollmeyer, Zwischenstreit S. 16—18, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 1.]

2) Der Gegenstand der Verbindlichkeit ist die Tragung der Kosten des Zwischenstreits. Dieselbe begreift die der unterliegenden Partei selbst erwachsenen bzw. in Folge der Entscheidung erwachsenen (s. Anm. 1) Kosten und „insbesondere" die Erstattung der Kosten des Gegners in sich, von welcher auch das Armenrecht nicht befreit (§ 108). Die Erstattung setzt nicht nothwendig die vorgängige Bezahlung seitens des Gegners voraus; der betreffende Einwand wäre eine exceptio de jure tertii (s. § 98 Anm. 1, 2, Endemann I S. 391, Sarwey I S. 182, Petersen § 87 I 2, H. Meyer: Wie liquidirt man die Prozeßkosten gegen den Gegner? Berlin 1880. S. 12 u. A. A. M. Wilm. Levy Allg. Bem. z. Tit. 5 unter 2, welche jedoch zugeben, daß es sich um eine exc. de jure tertii handelt). Der Bevollmächtigte, welcher als solcher zur Empfangnahme der zu erstattenden Kosten ermächtigt ist (§ 77), wird in dieser Art am bequemsten befriedigt, wenngleich er außer dem Falle des § 115 die Verpflichtung nicht in eigenem Namen geltend machen darf (§ 279 Anm. 3); der eigentliche Gläubiger bleibt stets die Partei.

Hinsichtlich der Entstehung der Kosten kommt es nur darauf an, ob die Kosten unmittelbar und allein durch den Rechtsstreit hervorgerufen sind (vgl. §§ 98 Anm. 1 a. E., 455 Anm. 2, 638 ꝛc.); unerheblich ist, ob sie an das Gericht oder an einen anderen Berechtigten zu zahlen waren (gerichtliche bzw. außergerichtliche Kosten). Eine Aufzählung dieser Kosten giebt H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 285 ff. Die Kosten eines voraufgegangenen Arrestverfahrens oder einer einstweiligen Verfügung fallen jedoch nur darunter, wenn es besonders ausgesprochen ist. (So auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 535. A. M. H. Meyer a. a. O. S. 286.) Vgl. § 98 Anm. 1. Schadensersatzansprüche, „deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet werden" (Mot.), sind in besonderen Prozessen zu verfolgen (Württ. PO. Art. 150). Hierzu gehören aber nicht die Ansprüche wegen Ersatzes des durch den Prozeß verursachten Zeitaufwands (Versäumnißkosten) [Jastrow im civ. Arch. 68 S. 389 ff., Fortenbach (LG. Hall) in Busch, Zeitschr. VIII S. 504, H. Meyer a. a. O. S. 284, 540. A. M.: Seuffert Anm. 1, RG. X S. 410]; wegen gemachter Wege und Reisen (H. Meyer a. a. O. S. 284, 540, Seuffert Anm. 1. A. M.: Siebenhaar S. 143, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 37 Nr. 251). Nicht durch den Rechtsstreit hervorgerufen, sondern außerhalb desselben liegend und daher nicht erstattungsfähig sind die Gebühr des Rechtsanwalts für Empfangnahme der Hauptschuld (s. Stegemann in Busch, Zeitschr. VII S. 358 ff., H. Meyer a. a. O. S. 285, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 47 u. A. A. M. OLG. Celle in Busch, Zeitschr. VII S. 359), Auslagen für den sog. Patentanwalt (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 108) u. s. w. Wegen der Kosten eines vorangegangenen Mahnverfahrens s. § 638; der Zwangsvollstreckung § 697; der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß § 455 Anm. 2.

3) Objektiv begrenzt ist die Verpflichtung durch die in jedem einzelnen Falle, und zwar hinsichtlich jeder einzelnen Prozeßhandlung (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 243), nach freiem Ermessen zu lösende Frage nach der Nothwendigkeit (s. z. B. §§ 58 Anm. 1, 71 Anm. 6, 74 Anm. 1, 86 Anm. 2). Dies Prinzip wird besonders bedeutungsvoll bei Häufung von Beweismitteln (indessen kann auch eine doppelt berechnete Beweisgebühr erstattungsfähig sein — vgl. GO. f. RA. §§ 9, 13 Abs. 4, RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 30), bei öfterem Wechsel in den Gegenständen der Zwangsvollstreckung (vgl. § 742), bei der Frage der Verurtheilung in die durch Streitverkündung des Gegners erwachsenen Kosten (vgl. § 71 Anm. 6). Es gilt auch in Betreff der einzelnen von einem Rechtsanwalt vorgenommenen Prozeßhandlungen, z. B. Reisen zu Beweisaufnahme-Terminen, unbeschadet Abs. 2. (So auch RG. XIII S. 312, Willenbücher

a. a. O. S. 13) Zuweilen ist der Grundsatz unmittelbar im Gesetze angewendet; s. § 180. Beschränkungen: Abs. 2, § 90.

Nur soweit die Entscheidung die Kostenpflicht betrifft (s. §§ 87 Abs. 1, 88—92, 95, 96), hat sie durch Urtheil zu erfolgen (vgl. Anm. 1); die Entscheidung über den Betrag der hiernach sich ergebenden Kosten und insbesondere über die Nothwendigkeit der einzelnen Kosten im Sinne des § 78 erfolgt in dem Festsetzungsverfahren der §§ 98—100. (Vgl. auch Jastrow in Busch, Zeitschr. IX S. 395 ff.)

4) Abs. 2: Das freie Ermessen des Gerichts wird hier in Betreff der Anwaltskosten — im Parteiprozesse wie im Anwaltsprozesse — beschränkt. Auch dort gelten also (anders als nach dem Preuß. Ges. v. 12. Mai 1851 § 8) die Anwaltskosten von Rechtswegen als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig; vgl. jedoch § 120 Anm. 3 a. E. Nur hinsichtlich der Reisekosten eines auswärtigen, d. h. nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften (RG. XIII S. 312) Anwalts (s. GO. f. RA. §§ 78—83) ist diese Frage wiederum nach freiem Ermessen zu prüfen, und zwar wegen der Zuziehung nicht bloß im Allgemeinen, sondern auch zu den einzelnen Terminen (RG. VIII S. 314, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 243). Auch fällt nach dem klaren Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes unter das richterliche Ermessen nicht bloß die Frage, ob die Zuziehung eines auswärtigen, sondern auch, ob die Zuziehung eines Rechtsanwalts überhaupt in diesem Prozesse nothwendig war. (So alle Komm. und die herrschende Praxis. A. M. Röbenbeck in Busch, Zeitschr. IX S. 232 ff.) Eine (von Röbenbeck a. a. O. S. 238 ff. willkürlich hinweginterpretirte) Spezialbestimmung hinsichtlich der nicht am Orte des Kollegialgerichts wohnenden, bei letzterem zugelassenen Rechtsanwälte enthält die RAO. § 18 Abs. 5 (vgl. auch § 37 das.). Auf die Gebühren und Auslagen der das. § 25 Abs. 3 bezeichneten Vertreter (Referendare in mehr als zweijährigem Vorbereitungsdienst) findet, wie auch in der betreffenden RTKomm. konstatirt worden ist (s. Völk, RAO. S. 53, Fr. Meyer, RAO. S. 43) § 87 Abs. 2 der CPO. Anwendung (Pr. Just. Min. Bl. 1883 S. 102 ff., RG. X S. 379, RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 145 u. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 206, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 260. A. M. RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 8 S. 406 (welches ein Vertretungsverhältniß nach RAO. § 25 Abs. 1, 2 voraussetzt); dagegen nicht auf andere Vertreter (rechtsunkundige oder Referendare in weniger als zweijährigem Vorbereitungsdienst — weder im Anwalts- noch im Parteiprozesse) [RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 240, 40 Nr. 144, Harnier in Busch, Zeitschr. VII S. 531 ff. A. M. Willenbücher a. a. O. S. 19 ff.]. Ob (im Parteiprozesse) Auslagen für einen nicht rechtskundigen Vertreter zu erstatten sind, hängt von der Sachlage ab (vgl. A. Förster Anm. 5 a. E.).

Bei dem Betriebe eigener Angelegenheiten kann der Rechtsanwalt von dem zur Erstattung der Kosten des Verfahrens verpflichteten Gegner Gebühren und Auslagen bis zu dem Betrage fordern, in welchem er Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte (GO. f. RA. § 7).

— „in allen Prozessen" — also auch im Mahnverfahren.

5) Eine besondere Vorschrift enthält Satz 2 hinsichtlich der Kosten der Bestellung mehrerer Rechtsanwälte, mögen sie gleichzeitig (§ 80; vgl. auch GO. f. RA. § 2) oder nach einander, in der mündlichen Verhandlung oder als bloße Korrespondenz-Mandatare (für den Verkehr mit dem Prozeßbevollmächtigten — GO. f. RA. § 44) [RG. IX S. 356, OLG. Jena in Seuffert Arch. 40 Nr. 255] fungiren. Wegen der Vertreter s. oben Anm. 3.

6) — „als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen" — Aus diesem Gesichtspunkte sind die Kosten eines zweiten Rechtsanwalts insoweit von dem Gegner zu erstatten, als dadurch Reisekosten der Partei, z. B. behufs Instruktion des entfernt wohnenden Anwalts am Prozeßgerichte, erspart werden (vgl. die in Anm. 5 angeführten Urtheile).

7) — „oder als — mußte" — Fälle eines nothwendigen Wechsels sind: Tod, Aufgabe oder Zurücknahme der Zulassung, Verlust der Fähigkeit zur Ausübung der Anwaltschaft

§ 88. Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

N. Entw. § 150. Entw. I. § 86. Entw. II. § 86. Entw. III. § 86. Mot. S. 112, 113. Prot. S. 33, 702. 703.

(RAO. § 24) oder Domizilsveränderung des Bevollmächtigten, oder wenn die Bestellung eines zweiten Rechtsanwalts für Handlungen bei einem anderen Gericht nothwendig geworden ist, dagegen nicht der Fall, wo eine Partei zunächst einen beim Prozeßgerichte nicht zugelassenen und sodann einen bei letzterem zugelassenen Rechtsanwalt annimmt; ob auch Kündigung, wird sich nach den Umständen entscheiden.

Hinsichtlich der Streitgenossen s. § 58 Anm. 1.

§ 88.

1) Abs. 1: Die kategorische Vorschrift ist nur eine Folge, nicht eine Modifikation des in § 87 Abs. 1 enthaltenen Prinzips. Die dem letzteren widersprechenden Fälle der Preuß. AGO. I 23 §§ 3, 6, Code de proc. art. 131, Hann. PO. § 47 Nr. 1b, Bad. PO. § 172 sind nicht aufgenommen.

— „theils obsiegt, theils unterliegt" — wenn auch erst in letzter Instanz (s. § 92 Anm. 1). Ein theilweises Unterliegen liegt auch dann vor, wenn die Partei nur mit einem eventuellen Antrage durchdringt oder in der Hauptsache obsiegt, aber hinsichtlich der Widerklage unterliegt (§ 293 Abs. 1; Endemann I S. 395, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 152 Anm. 196, H. Meyer das. VII S. 296); dagegen nicht bei Erfolglosigkeit eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels; in letzterem Falle ist nur § 91 anwendbar (RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 171).

2) — „gegen einander aufzuheben" — d. h. jeder Theil trägt die von ihm aufgewendeten bzw. aufzuwendenden Kosten ohne Ersatzanspruch selbst (sog. „Vergleichung" oder „Kompensation der Kosten"; s. Bayer. PO. Art. 109, Hann. PO. § 47, Preuß. AGO. I 23 §§ 3, 4. [Der Gerichtskasse gegenüber trägt in diesem Falle jeder Theil die Hälfte der Gerichtskosten (vgl. oben S. 97 Anm. 4).]

3) — „oder verhältnißmäßig zu theilen" — Wenn es nach Lage der Sache dem Gerichte angemessen erscheint, so kann es, wie die Mot. hervorheben, statt der „Kompensation" eine „Repartition" der Kosten eintreten lassen, entweder so, daß einer Partei eine bestimmte Summe (pars quanta) und der Rest der anderen Partei auferlegt wird, oder so, daß von der Gesammtsumme der beiden Theilen erwachsenden Prozeßkosten jedem Theile eine bestimmte Quote zur Last fällt. Auch ist nicht ausgeschlossen, die Quoten- oder Quantentheilung oder die Vertheilung und die Kompensation mit einander zu kombiniren, also z. B. der einen Partei einen aliquoten Theil der Prozeßkosten des Gegners zur Erstattung aufzuerlegen und im Uebrigen die Kosten beider Theile zu vergleichen. Bei der Wahl des einen oder anderen Modus ist nicht blos das Verhältniß der erstrittenen Beträge, sondern auch das Verhalten der Parteien, soweit dasselbe auf die Entstehung von Kosten von Einfluß gewesen, maßgebend (vgl. H. Meyer a. a. O. S. 294 ff.). Die Kosten der Klage und der Widerklage dürfen aber nicht gesondert werden, da diese kein „einzelnes Angriffsmittel" im Sinne des § 91 sind (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 61). Die Entscheidung bezieht sich auch auf die außergerichtlichen Kosten (s. § 100), wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist. (A. M. Siebenhaar S. 144 Anm.)

4) Abs. 2: Zwei Abweichungen von dem Prinzip, die eine wegen Geringfügigkeit der Mehrforderung zur Vermeidung unverhältnißmäßiger Weiterungen, die andere in Fällen, wo die Mehrforderung kaum zu vermeiden war (vgl. z. B. § 260). Der zweite Fall setzt eine zuvorige Verweigerung der Berechnung nicht nothwendig voraus (Gaupp I S. 290, Wilm. Levy Anm. 3,

§ 89. Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

N. Entw. § 195. Entw. I. § 87. Entw. II. § 87. Entw. III. § 87. Mot. S. 113, 114. Prot. S. 33, 518, 519.

§ 90. Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung

---

Petersen § 88 Nr. 3, H. Meyer a. a. O. S. 298. A. M.: Seuffert Anm. 2, Sarwey I S. 171). — Die Vorschrift enthält indessen (anders als Abs. 1) nur eine Befugniß des Richters („kann").

5) Wegen Anwendung des § 88 auf die Rechtsmittelinstanzen s. § 92 Anm. 1.

§ 89.

1) Der Satz enthält eine mehr scheinbare Ausnahme von dem Prinzip des § 87, da ein materieller Streit der Parteien und ein eigentliches Unterliegen des Beklagten hier nicht stattfindet (s. Renaud S. 737, H. Meyer a. a. O. S. 291). Ob die Klage unter der Voraussetzung des § 89 (vgl. Anm. 2) ohne vorausgegangene Rechtsverletzung überhaupt begründet ist, bestimmt sich, soweit nicht § 231 entscheidet (s. das. Anm. 6), nach dem bürgerlichen Recht (s. Petersen § 89 Nr. 1, Endemann I S. 397, Förster in Busch, Zeitschr. VIII S. 146 ff. A. M. Rocholl das. S. 355 ff., der eine wirkliche Ausnahme annimmt). Andere Fälle s. in §§ 72, 73; KO. § 9 Abs. 2.

§ 89 rechtfertigt es auch, dem Kläger unter Umständen einen entsprechenden Theil der Kosten aufzuerlegen (vgl. Wilm. Levy Anm. 1).

Ein Antrag des Beklagten ist nicht erforderlich.

2) — „durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben" — z. B. durch Bestreiten, Berühmen, Verzug (mora), Vorenthalten der Streitsache ꝛc. Vgl. § 72, 231; ROHG. 14 S. 30, Seuffert Arch. 33 Nr. 78, 116. Auf das Verhalten seit der Klagerhebung (bis zur Anerkennung) kommt es nicht an (A. M. Petersen § 89 Nr. 4).

> „Darüber, ob im einzelnen Falle der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat oder nicht, ist vom Gericht nach den betreffenden Behauptungen des Klägers in der Klageschrift bzw. im Termine zur mündlichen Verhandlung zu entscheiden" (Mot.).

Es kommt dabei ganz auf die Lage des einzelnen Falles an, wobei allerdings auch das bürgerliche Recht zu berücksichtigen ist (vgl. H. Meyer a. a. O. S. 293, Seuffert Anm. 1, Wach I S. 20 Anm. 18).

3) Dem sofortigen, d. h. in der ersten Verhandlung ohne vorgängiges Bestreiten (sobald nach Stellung der Parteianträge der Beklagte das Wort erhält — vgl. § 278, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 262, H. Meyer a. a. O. S. 292, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2b. A. M.: Puchelt I S. 323, Siebenhaar S. 146, welche eine Anerkennung in der Klagebeantwortung verlangen) abgegebenen Anerkenntniß (§ 278) steht die Versäumung des Verhandlungstermins nicht gleich. Die Entwürfe enthielten zwar einen Zusatz, der diese Gleichstellung in der vorliegenden Beziehung aussprach und in 1. und 2. Lesung lebhaft (auch seitens der Regierungen) vertheidigt wurde; die RTK lehnte den Passus jedoch wiederholt ab. Im Falle des Versäumnißurtheils tritt daher unbedingt die Regel des § 87 Abs. 1 ein. (So auch Sarwey I S. 172, Petersen § 89 Nr. 3, Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Uebel I S. 101.)

4) Der § 89 findet auch auf das Kostenfestsetzungsverfahren (§ 98) entsprechende Anwendung (Seuffert, Arch. 38 Nr. 340).

§ 90.

1) Die §§ 90, 91, 92 Abs. 2 umfassen die Fälle der sog. Kosten-Separation, in denen ohne Rücksicht auf das schließliche Unterliegen der einen oder anderen Partei über die durch

eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

N. Entw. §§ 152, 153. Entw. I. § 88. Entw. II. § 88. Entw. III. § 88. Mot. S. 114. Prot. S. 33.

§ 91. Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidi-

---

einzelne Prozeßhandlungen bzw. Unterlassungen schuldbar bzw. zwecklos veranlaßten Kosten (s. Württ. PO. Art. 142) durch das erkennende Gericht entschieden wird. In diesen Fällen (wie in dem des § 89) hat die Partei, welcher dergleichen Kosten zur Last fallen, nicht blos keinen Erstattungsanspruch, sondern auch die Verpflichtung zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners (s. § 87 Anm. 2). Vgl. auch Mot. z. GKG. S. 68.

§ 90 enthält die Fälle einer schuldbaren Verzögerung. Als solche gilt ohne Weiteres die Versäumung eines Termins oder einer Frist. Vgl. § 309. In den anderen Fällen ist das Verschulden besonders festzustellen. Unter den Voraussetzungen des § 90 ist die Kostenpflicht unbedingt („hat — zu tragen"). Anders im § 251 Abs. 2 („kann auferlegen"). Vgl. auch § 252. Diese Vorschrift ist an sich ein wirksames Mittel gegen Prozeßverschleppungen (vgl. z. B. §§ 120 Anm. 2, 123 Anm. 1, 244 Anm. 1, 245 Anm. 3, 484, 519), hat aber in Folge des dem GKG. zu Grunde liegenden Bauschsystems, nach welchem in vielen Fällen durch die Versäumung u. s. w. besondere Kosten nicht verursacht werden, den größten Theil seiner praktischen Bedeutung verloren. Zur Ergänzung hat GKG. § 48 eine Art Prozeßstrafe eingeführt (Wach, Vortr. S. 13). Macht das Gericht von der darin enthaltenen Befugniß keinen Gebrauch, so bezieht sich § 90 nur auf die sonst verursachten Kosten. Die Entscheidung kann und wird in der Regel sofort durch Zwischenurtheil, sonst im Endurtheil erfolgen (vgl. § 87 Anm. 1). Daß der Kostenpunkt in der Regel ein Akzessorium der Hauptsache bildet, schließt in Fällen wie hier, die Möglichkeit eines Zwischenurtheils nicht aus. Letzteres bleibt stets mit dem Endurtheil anfechtbar (§ 473 Anm. 1). [So auch Brettner in Busch, Zeitschr. I S. 255. A. M. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 16—18, Seuffert § 87 Anm. 4a, jetzt auch Wilm. Levy Anm 4 a. E., andrerseits H. Meyer a. a. O. S. 301, welcher einen Beschluß für ausreichend erachtet, obwohl derselbe nach § 289 stets abänderlich sein würde.] Ein Antrag ist nicht erforderlich.

2) Die CPO. unterscheidet zwischen Verlegung eines Termins, Vertagung einer Verhandlung und Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung (vgl. §§ 205, 206). Eine Verlegung findet statt, wenn vor dem Verhandlungstermine statt desselben ein neuer Termin anberaumt wird; eine Vertagung, wenn in dem angesetzten Verhandlungstermine nach Aufruf der Sache die Verhandlung auf einen andern Tag verschoben wird, in der Art, daß in dem späteren Termine die in dem ersten etwa schon begonnenen Vorträge zu wiederholen sind, und Alles von Neuem verhandelt werden muß; eine Fortsetzung, wenn in dem Verhandlungstermine die Fortsetzung der bereits begonnenen, aber aus äußeren Gründen, z. B. wegen vorgerückter Tageszeit, abgebrochenen Verhandlung auf einen neuen Tag bestimmt wird, in der Art, daß das in der ersten Sitzung Verhandelte auch für die zweite seine Bedeutung behalten soll (Hann. Prot. I S. 125 ff., V S. 1725 ff., XV S. 5429 ff.). Ist die Verhandlung ausgesetzt (§§ 139, 140) oder durch eine Beweisaufnahme unterbrochen (§ 335), so kann jedoch gleichfalls eine Fortsetzung der Verhandlung beschlossen werden (Gaupp I S. 524, 525, Wilm. Levy § 206 Anm 1). Vgl. GKG. §§ 48, 94 Nr. 3.

3) „Verlängerung einer Frist" — vgl. §§ 202, 203. Die Abkürzung ist nicht gleichgestellt.

§ 91.

1) Die Verwerfung einzelner „Angriffs- oder Vertheidigungsmittel" rechtfertigt an sich noch nicht die Ausscheidung der dadurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei (Hann. PO. § 47, Württ. PO. Art. 134). Daher ist dem Richter hier — abweichend von § 90 — nur gestattet, je nach der Lage des Falles die Kostenseparation (s. § 90 Anm. 1), nicht eine Theilung nach Quoten (vgl. RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 10 S. 6) zu verhängen. Es fragt

gungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

N. Entw. § 154. Entw. I. § 89. Entw. II. § 89. Entw. III. § 89. Mot. S. 114. Prot. S. 33.

§ 92. Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

---

sich stets, inwiefern das unerhebliche Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung dienen konnte (§ 87). Indessen ist dies nicht unbedingt maßgebend. (A. M. Sarwey I S. 174, 175, dessen hauptsächlich aus der Entstehungsgeschichte geschöpften Gründe gegen jene, auf die Mot. gestützte Auffassung nicht entscheidend sind.)

Der Begriff „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" ist hier im weitesten Sinne aufzufassen einschließlich der Beweismittel und Beweiseinreden (s. §§ 136, 137 Anm. 2). [So auch Endemann I S. 400, Petersen §§ 90, 91 Nr. 3, Seuffert Anm. 2, Fitting S. 400 Anm. 8, Hinschius im Rechtslex. I S. 110, Wach I S. 290, Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 239 u. A. A. M. H. Meyer a. a. O. S. 305, welcher die Beweismittel und Beweiseinreden ausschließt, obwohl hinsichtlich ihrer, z. B. bei Benennung vieler unnöthiger Zeugen, § 91 von besonderer praktischer Bedeutung ist; bisweilen ist hier allerdings eine Aberkennung dieser Kosten auch aus dem Gesichtspunkte des § 87 möglich (vgl. § 87 Anm. 1)]. Den Gegensatz bilden die Rechtsmittel (vgl. §§ 92, 136 Anm. 2). Nicht hierher gehört dagegen die Widerklage (vgl. § 88 Anm. 1; so auch Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 152 Anm. 126, A. Förster Anm. 2 u. A.); sie entspricht der Klage, nicht der „Klagebeantwortung" (wie Schollmeyer, Zwischenstreit S. 46 annimmt). [So auch RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 61.]

— „der Partei — geltend gemacht hat" — unter dieser Voraussetzung also auch einem einzelnen Streitgenossen (§ 95 handelt nur von unterliegenden Streitgenossen).

2) Die Entscheidung kann in dem Endurtheil oder sofort in dem Zwischenurtheil, in welchem über das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel entschieden wird (§ 275), ergehen (vgl. § 87 Anm. 1, H. Meyer a. a. O. S. 306, A. Förster Anm. 3, RG. XIII S. 413 a. E. A. M. v. Bülow § 87 Anm. 7 und in Gruchot, Beitr. XXII S. 709, 714). Ein Antrag ist nicht erforderlich. Erfolgt die Entscheidung in einem Zwischenurtheil, welches in Ansehung der Rechtsmittel als Endurtheil gilt (vgl. z. B. § 248 Abs. 2), so ist auch diese Entscheidung sofort der Rechtswahl fähig (OLG. München in Busch, Zeitschr. VI S. 104). Wegen des Zwischenurtheils nach § 276 vgl. das. Anm. 1.

3) Es fehlt jede ausdrückliche Bestimmung über die Kosten eines Zwischenstreits (§ 275 Anm. 1 b); indessen dürfte § 91 entsprechende Anwendung finden. (A. M. H. Meyer a. a. O. S. 306, welcher stets § 87 anwenden will.)

§ 92.

1) Abs. 1: Die Bestimmung ist gewissermaßen eine Konsequenz des dem § 87 zu Grunde liegenden Gedankens, indem das erfolglos eingewendete Rechtsmittel (s. Anm. 1 z. Buch 3) wie eine abgewiesene Klage behandelt wird. (A. M. H. Meyer a. a. O. S. 316 ff.) Es wird also namentlich auch der Fall getroffen, wenn das Rechtsmittel von einer in der früheren Instanz theilweise unterlegenen Partei eingelegt war. Der Abweisung steht hier die Zurücknahme bzw. der Verzicht (§§ 475, 476) gleich. Als ohne Erfolg eingelegt kann nach Analogie des § 88 Abs. 2 das Rechtsmittel auch angesehen werden, wenn der Erfolg ein verhältnißmäßig geringfügiger war. Im Uebrigen hat die CPO. davon Abstand genommen, für die mannigfachen bezüglich der Rechtsmittel möglichen Verwickelungen Bestimmung zu treffen, sondern, abgesehen von Abs. 2 und 3, alles stillschweigend der Anwendung jenes Prinzips überlassen. Wird also in Folge des eingelegten Rechtsmittels eine gänzliche Aenderung des früheren Urtheils erreicht, so sind die sämmtlichen Kosten des Rechtsstreits in allen Instanzen dem Unterliegenden aufzuerlegen, während bei theilweiser Abänderung § 88 zur Anwendung kommt. [A. M. H. Meyer

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

N. Entw. § 155. Entw. I. § 90. Entw. II. § 90. Entw. III. § 90. Mot. S. 114, 115. Prot. S. 33, 660, 661. Prot. z. GVG. S. 360, 361, 618.

---

a. a. O. S. 321 ff., welcher entgegen dem Grundgedanken des § 92 Abs. 1, den Mot. und den meisten Komm. § 88 nur bezüglich des Endergebnisses des ganzen Rechtsstreits für anwendbar hält, jetzt auch Seuffert Anm. 1b u. Wilm. Levy Anm. 1.] Der § 88 kann allerdings auch in der Weise zur Anwendung kommen, daß, soweit das Rechtsmittel zurückgewiesen wird, der entsprechende Theil der Kosten der betreffenden Partei sofort auferlegt, soweit aber dem Rechtsmittel statt gegeben wird, der entsprechende Theil vom Ausgange der Hauptsache abhängig gemacht wird. Denn mit der Sachentscheidung fällt auch die Kostenentscheidung des reformirten Urtheils; die Kosten aller Instanzen zusammengenommen stellen eine einheitliche Aufwendung dar, welche durch die Geltendmachung des erstrittenen Rechts erfordert wurde. Bei einer Zurückweisung in die untere Instanz (§§ 500, 501, 528) wird, abgesehen von dem Falle des § 88, die Entscheidung über den Kostenpunkt von dem Ausfall der Hauptsache abhängig zu machen sein. (Vgl. § 528 Anm. 8, Gaupp I S. 295, Petersen § 92 Nr. 2, H. Meyer a. a. O. S. 320. A. M.: Puchelt II S. 379, Endemann II S. 482.) Die Kosten der Anschließung (§ 482) werden nicht besonders berechnet, sondern nach dem Werth, welcher sich bei Zusammenrechnung der beiderseitigen Beschwerdewerthe (s. GVG. § 11) ergiebt (RG. in Seuffert Arch. 40 Nr. 152).

Ueber den Kostenpunkt speziell bei Entscheidungen in der Beschwerdeinstanz s. Altvater im civ. Arch. 63 S. 431 ff.

Hinsichtlich des Einspruchs, welcher nicht zu den Rechtsmitteln gehört, gilt die besondere Vorschrift des § 309.

2) Abs. 2: Dieser Fall fakultativer Kostenseparation in dem Falle, wenn die Berufung (bzw. Anschließung) auf Grund eines neuen (thatsächlichen) Vorbringens mit Erfolg eingelegt ist (s. § 90 Anm. 1), steht auf gleichem Boden mit § 251 Abs. 2. Auch wenn der Berufungskläger das novum in erster Instanz hätte vorbringen können, kann das Gericht es bei dem Prinzip des § 87 belassen. War der betreffende Umstand in erster Instanz von Amtswegen zu berücksichtigen, greift Abs. 1 überhaupt nicht Platz (Bolgiano S. 176 Anm. 5, Petersen a. a. O.).

— „nach freiem Ermessen des Gerichts" — Eine Beweiserhebung ist hier ausgeschlossen; vgl. § 3.

Der Grundsatz des Abs. 2 ist analog auf die Beschwerdeinstanz anzuwenden (Altvater a. a. O. S. 443).

3) Abs. 3 beschränkt sich auf die Revisionsinstanz, in welcher ein neues Vorbringen im Sinne des Abs. 2 nicht zulässig ist (§§ 511, 524). Derselbe beruht auf einem zu § 70 des GVG. gestellten Amendement des Abg. Bähr, welcher ausführte, daß es unbillig sei, durch die im fiskalischen Interesse erfolgte Zulassung der Revision (s. § 500 Nr. 2) die Kosten der mit dem Fiskus im Prozesse befangenen Partei zu vermehren. Der Zusatz wurde bei der Revision der zweiten Lesung aufrecht erhalten, nachdem er durch die Redaktionskommission seine gegenwärtige Stelle empfangen hatte.

„Rechtsstreitigkeiten — zuständig sind" — vgl. GVG. § 70 Anm. 2—8.

§ 93. Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

R. Entw. § 378. Entw. I. § 91. Entw. II. § 91. Entw. III. § 91. Mot. S. 115. Prot. S. 33.

§ 94. Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

R Entw. § 156. Entw. I. § 92. Entw. II. § 92. Entw. III. § 92. Mot. S. 115, 116. Prot. S. 33, 519.

---

§ 93.

1) Die Kostenvergleichung tritt ohne Weiteres als Folge des Vergleichsabschlusses ein, soweit die Parteien nicht etwas Abweichendes vereinbart haben. Vgl. §§ 146 Nr. 1, 268, 471, 702 Nr. 1 u. 2; GKG. §§ 21, 23, 101, GO. f. RA. § 13 Abs. 1 Nr. 3, § 18. In Betreff der Gerichtskasse s. d. allg. Bem. zu Tit. 5 unter 4.

2) — „über dieselben — ist" — d. h. durch Entscheidung in der Hauptsache. Modifikationen dieser Regel s. in § 94 Anm. 1 a. E., 3. Vgl. auch § 243 Abs. 3.

§ 94.

1) Die Bestimmung beruht auf der Erfahrung, daß es schwer ist, die Entscheidung über den Kostenpunkt, d. h. über die Kostenpflicht (anders § 99), zu prüfen, ohne auf die Sache selbst einzugehen; sie verhütet, daß in höherer Instanz ein Urtheil über den Kostenpunkt ergehen kann, durch welches die nicht mehr zu beseitigende Vorentscheidung für sachlich unrichtig erklärt wird. Wo die Hauptsache durch Vergleich, Zurücknahme der Klage, Zahlung 2c. erledigt und deshalb über die Kosten allein erkannt oder der in der Hauptsache obsiegende Theil in die Kosten verurtheilt ist (vgl. § 87 Anm. 1 Abs. 2), ist dennoch die Entscheidung des Kostenpunktes unanfechtbar. [So auch RG. (verein. Civilsen.) X S. 308 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 139, ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 S. 342, 38 Nr. 342, Wilm. Levy Anm. 1, § 243 Anm. 3, Gaupp I S. 298, Petersen § 94 Anm., Seuffert Anm. 4 u. in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 487 ff., Oppenheim in Gruchot, Beitr. XXVII S. 716 ff., Francke in Busch, Zeitschr. VI S. 80 u. A. A. M. ältere Entsch. d. RG. VI S. 432, IX S. 325, Gruchot, Beitr. XXVII S. 745, Brettner in Böhiker, Mag. III S. 211 ff., Kleiner I S. 435, v. Bülow Anm. 3 u. vor allen Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 34 ff., Rechtsfälle S. 34, 71 ff. und in Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Rechtswissenschaft I S. 320 ff., nach welchen — wie im gemeinrechtlichen Prozeß — § 94 die Existenz einer Entscheidung in der Hauptsache voraussetzen, mithin (wie wenigstens Birkmeyer hervorhebt) namentlich auf den Fall des § 243 unanwendbar sein soll. Indessen nach dem Wortlaut des § 94 ist die Entscheidung über den Kostenpunkt überhaupt nicht anfechtbar, wenn nicht zugleich gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, und die Mot. bestätigen diesen Sinn mit den Worten:

> „Konform dem P. E. § 617 Abs. 4 und dem R. E. § 156 schließt der § 94 die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt aus, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten- oder Hauptschuld zu zahlen hat. Es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch nur in der Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunkts allein zuzulassen."

Dem gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, daß die allgemeinen Gründe der Ausschließung vorwiegend in dem Falle zutreffen, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache vorliegt.]

2) Von welcher Seite das Rechtsmittel in der Hauptsache eingelegt ist, ist unerheblich. Hat eine Partei dasselbe ergriffen, so kann sich der Gegner auch lediglich wegen des Kostenpunkts anschließen (§§ 482, 518). Schließt er sich nicht an, so würde freilich die Kostenent-

§ 95. Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

N. Entw. § 157. Entw. I. § 93. Entw. II. § 93. Entw. III. § 93. Mot. S. 116, 117. Prot. S. 33, 34, 519, 520.

---

scheidung nur, soweit sie ihm günstig ist, der Nachprüfung des höheren Gerichts mit der Hauptsache anheimfallen (vgl. § 92 Anm. 1). Denn die Grundsätze von der Rechtskraft gelten auch von der (ein stillschweigendes Annexum des Anspruchs bildenden) Kostenpflicht (§§ 279, 293, 487, 498, 522; vgl. Francke a. a. O. S. 89).

Auf den Einspruch ist § 94 nicht anzuwenden (§ 305 Nr. 3 steht nicht entgegen; so auch RG. XIII S. 327, Wilm. Levy Anm. 1); ebensowenig auf Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren, weil dieselben nicht zu den Kosten des Rechtsstreits gehören (Ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 338), wohl aber auf die Beschwerde (s. RG. VI S. 339 u. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 80, Francke a. a. O. S. 90).

Auch in Patentsachen kommt § 94 zur Anwendung (RG. VI S. 341).

3) — „eingelegt" — Es genügt nicht, wie es nach dem Wortlaut scheint, der formale Einlegungsakt (§§ 479, 515); sondern es kommt darauf an, daß die Hauptentscheidung in der mündlichen Verhandlung (§ 487) angegriffen ist, damit nicht über den Kostenpunkt allein zu entscheiden ist, (vgl. RG. VI S. 340, 435, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 3 u. A.). Ein unzulässiges Rechtsmittel steht dem nicht eingelegten gleich (RG. XIII S. 395), und dasselbe muß auch von einem zurückgenommenen gelten (A. M. Aufl. 2—4).

§ 95.

1) „Besteht — aus mehreren Personen" — Gemeint sind, wie die Mot. hervorheben, nur die Fälle der Streitgenossenschaft (§§ 56, 57). Ob die Verbindung auf dem Willen der Parteien oder auf Gerichtsbeschluß (§ 138) beruht, kann nicht von Erheblichkeit sein (Petersen § 95 Nr. 2, Hellmann I S. 330, H. Meyer a. a. O. S. 326, jetzt auch Seuffert Anm. 1. A. M.: Gaupp I S. 299, Wilm. Levy Anm. 1). Den Gegensatz der Streitgenossen bilden z. B. die Hauptpartei und der Nebenintervenient (vgl. auch § 96 Abs. 2). Auch mehrere gesetzliche Vertreter derselben Partei sind keine Streitgenossen. Für die Fälle der Streitgenossenschaft gelten im Allgemeinen die §§ 87—93 ebenfalls. § 95 trifft besondere Bestimmung für den Fall, daß die Streitgenossen unterliegen. Die Vorschrift wird aber nicht blos im Falle des reinen Unterliegens (§ 87; vgl. auch § 96 Abs. 1), sondern überhaupt dann anzuwenden sein, wenn mehrere Streitgenossen alle Kosten oder einen Theil derselben zu tragen haben. Dagegen kommt § 95 nicht zur Anwendung bei den nur von einem Streitgenossen veranlaßten Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. § 697, PE. §§ 114 Abs. 2, 1360). Ueberhaupt gelangt auch hier, abgesehen von § 59, überall das Prinzip des § 58 zur Geltung (s. Abs. 3).

2) Nur für die Erstattung der den mehreren Streitgenossen gemeinschaftlich auferlegten Kosten wird hier ein besonderes Prinzip aufgestellt („haften — für die Kostenerstattung"), welches erst in dem Festsetzungsverfahren (§§ 98 ff.) zur Geltung gelangt, und zwar ist die Kopftheilung als Regel gewählt (so auch GKG. § 91), theils der Beschleunigung und Vereinfachung wegen, theils weil die verschiedene Betheiligung häufig auf ungleichartigen Rechten

§ 96. Die Bestimmungen der §§. 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§. 66), so sind die Vorschriften des §. 95 maßgebend.

N. Entw. § 158. Entw. I. § 94. Entw. II. § 94. Entw. III. § 94. Mot. S. 117, 118. Prot. S. 34.

---

beruht, z. B. bei einer gegen den Eigenthümer und den Nießbraucher einer Sache gemeinsam angestellten dinglichen Klage. Daraus ist aber nicht (mit Endemann I S. 404) zu folgern, daß für einen unbeitreiblichen Kopftheil die mehreren Streitgenossen wiederum nach Kopftheilen haften. (Uebereinstimmend Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 26 u. A.) — Nur bei „erheblicher“ Verschiedenheit der Betheiligung (sei es an dem Streitgegenstande oder an der Prozeßführung — Sarwey I S. 178 u. A. A. M. Siebenhaar S. 149) soll diese als Maßstab dienen können; geringfügige oder schwer zu ermittelnde Unterschiede werden also nicht zu beachten sein (vgl. Mot. z. P. E. § 1350). Die anderen Ausnahmen enthalten Abs. 3 u. 4.

Ueber den umgekehrten Fall der gemeinsamen Erstattungs-Berechtigung ist nichts bestimmt; es entscheiden also die allgemeinen Regeln.

3) Abs. 3: Der Satz entspricht dem Prinzip des § 58.

„Angriffs- oder Vertheidigungsmittel“ — im weitesten Sinne (vgl. §§ 65 Anm. 3, 91 Anm. 1, 136, 137 Anm. 2, Wach I S. 290).

Die Bestimmung ist auch bezüglich der Versäumnisse einzelner Streitgenossen entsprechend anzuwenden. — Scheidet ein Streitgenosse früher aus dem Prozesse aus, so sind die bis zum Ausscheiden erwachsenen Kosten gesondert von den späteren zu vertheilen (vgl. auch H. Meyer a. a. O. S. 326).

4) Abs. 4: Die Solidarhaft der Streitgenossen, welche Preuß. AGO. I 23 § 29 subsidiarisch, Bad. PO. § 106 u. P. E. § 1350 als allgemeine Regel vorschreiben, ist hier auf den Fall beschränkt, wenn dieselbe auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts (die Mot. nennen als Beispiel: Preuß. ALR. I 5 § 426 — soll offenbar heißen 424) beruht, wie der Regierungs-Vertreter den in zweiter Lesung der RTK. von einer Seite erhobenen Anfechtungen gegenüber betonte (vgl. auch GKG. §§ 91, 92). Die Bestimmung ist undeutlich. Anscheinend handelt es sich nicht um eine Anwendung des „judicio contrahitur“ nach Maßgabe der civilrechtlichen Haftung mehrerer correi ex contractu; sondern es wird vielmehr, wie auch die Mot. durch Hervorhebung des Gegensatzes zur allgemeinen (prozeßrechtlichen) Solidarhaft der Streitgenossen schließen lassen („soweit jene Gründe (des P. E.) die Solidarhaft sachlich rechtfertigen, erkennt der § 95 Abs. 4 dieselben an“), darauf ankommen, ob in dem dem Prozesse zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse Solidarhaft besteht, z. B. WO. Art. 81. [So auch Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 95 Nr. 5, A. Förster Anm. 1a, H. Meyer a. a. O. S. 325, Willenbücher a. a. O. S. 25, Kroll: Klage u. Einrede S. 164 ff., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 312 u. A. A. M.: Hellmann I S. 330 u. Lehrb. S. 280, Endemann I S. 405 Anm. 4, Sarwey I S. 178, Gaupp I S. 301, jetzt auch Seuffert Anm. 3, Lippmann im civ. Arch. 67 S. 485 ff., (weil der Prozeßkostenanspruch — was jedoch nicht zuzugeben — niemals in dem Hauptanspruch enthalten sein könne) u. A., welche sich für eine noch beschränktere Anwendbarkeit bzw. für die Gegenstandslosigkeit der Vorschrift aussprechen.]

Ausdrückliche Vorschriften über solidarische Kostenpflicht sind selten. Auch die WO. Art. 49, 50, 51, 81 erwähnt nicht die Prozeß-Kosten. Der einfachste Fall ist vertragsmäßige Festsetzung.

§ 96.

1) Nicht die unterliegende Hauptpartei (wie nach N. E. § 158, Württ. PO. Art. 144) sondern nur der ihr beitretende und zugelassene Nebenintervenient haftet nach der freilich nicht ganz deutlich gefaßten Vorschrift des Abs. 1, wovon eine Ausnahme nach Abs. 2 im Falle des § 66 gilt, für die dem Gegner durch die Nebenintervention verursachten

§ 97. Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Betheiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. § 160. Entw. I. — Entw. II. — Entw. III. — Mot. S. 119, 120. Prot. S. 34, 35, 520, 661—663.

Kosten (d. h. die des Zulassungsverfahrens (§ 68) und die durch die Theilnahme des Nebenintervenienten am Prozesse entstandenen), wie dieser andrerseits von dem unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen kann (so auch Wetzell S. 52, Renaud S. 742), und zwar unbedingt (anders bei Streitgenossen — vgl. § 58 Anm. 1, § 87), auch für die Kosten der Vertretung durch einen besonderen Rechtsanwalt (RG. XIII S. 433). Auf das Verhältniß der Hauptparteien zu einander findet § 96 keine Anwendung (vgl. Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2) und ebensowenig auf das des Nebenintervenienten zu der von ihm unterstützten Hauptpartei. (Vgl. auch H. Meyer a. a. O. S. 327, 328, Francke a. a. O. S. 92 ff.)

Ein Amendement wollte aussprechen, daß der Intervenient Kostenersatz nur soweit fordern könne, als durch seine Handlungen Kosten der Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen könnte, erspart worden seien. Der Antrag wurde aber von der RTK. abgelehnt, nachdem der Reg.-Komm. bemerkt hatte, daß eine entsprechende Regelung des Kostenpunkts sich nach § 96 von selbst ergeben würde, was jedoch für die Kosten des Interventionsverfahrens selbst (§ 68) nicht zutrifft (vgl. auch Gaupp I S. 302, 303).

Damit der Gegner einen Titel für die Zwangsvollstreckung erhält (§ 98 Abs. 1), muß sich das Endurtheil über den Kostenpunkt der Intervention aussprechen (Württ. PO. Art. 144 Abs. 1; vgl. auch d. obige Urtheil d. RG.).

Ist die Intervention für unzulässig erklärt, so hat der Intervenient selbstverständlich die Kosten des Zwischenstreits nach § 87 zu tragen (Wilm. Levy Anm. 1, H. Meyer a. a. O. S. 327).

2) Auf den beitretenden Litisdenunziaten (§ 71) wie auf den Nominaten (§ 73) findet, wie auch die Mot. hervorheben, § 96 ohne Weiteres Anwendung, weil § 71 den beitretenden Litisdenunziaten als Nebenintervenienten bezeichnet und § 73 die Nomination als eine Art der Streitverkündung behandelt. Vgl. §§ 71 Anm. 6, 73 Anm. 8. Besondere Bestimmungen enthält § 72. Ein nicht beitretender Litisdenunziat hat die Kosten einer — völlig überflüssigen — Erklärung, daß er nicht beitrete, aber jede Regreßpflicht ablehne, selbst zu tragen.

§ 97.

1) In den Entwürfen fand sich eine solche der benachtheiligten Partei rasch und ohne Kosten zu ihrem Recht verhelfende Bestimmung (vgl. auch Code de proc. art. 132, Hann. PO. § 47 ꝛc.) nicht, deren praktisches Bedürfniß die Mot. in Abrede stellen. Auch die RTK. lehnte in erster Lesung einen bezüglichen Antrag (des Abg. Struckmann) ab, der indessen in zweiter Lesung (von dem Abg. Bähr) wieder aufgenommen wurde und jetzt unter Verwerfung der beantragten Ausdehnung auf die dem Prozeßgericht dienstlich unterworfenen Richter zur Annahme gelangte.

2) Hiernach entwickelt sich ein Zwischenstreit gegen eine nicht zu den Parteien gehörige Person, ähnlich wie im Falle des § 126 (s. auch §§ 345, 355, 367, 374). Die Verurtheilung setzt jedoch hier keinen Parteiantrag voraus („auch von Amtswegen"). Sie kann zu Gunsten des Prozeßgegners wie des Mandanten erfolgen. Die „Kosten" umfassen auch die Gebühr des GKG. § 48. (So auch Wach: D. RCPO. u. die Praxis S. 31. A. M. OLG. Dresden in Sächs. Ann. V S. 60.) Materiell ist „grobes Verschulden" (im Sinne des bürgerlichen Rechts) Bedingung, z. B. Versäumung von Terminen, unrichtige Zustellung, Einlegung der Beschwerde trotz ausdrücklichen Verbots u. s. w. (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 250). Das „Prozeßgericht" ist nicht nothwendig das Gericht erster Instanz (vgl. § 109 Anm. 1); aber seine Befugniß beschränkt

§ 98. Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gericht erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

N. Entw. §§ 161, 162. Entw. I. § 95. Entw. II. § 95. Entw. III. § 95. Mot. S. 118, 119. Prot. S. 35.

---

sich auf das Verfahren der betreffenden Instanz. Der Rechtsanwalt erster Instanz, welcher die Berufung fahrlässig einlegt, kann daher höchstens in die durch diese Einlegung unvermeidlich herbeigeführten Kosten verurtheilt werden (RG. IV S. 429). Wegen des Verfahrens s. § 119 Anm. 4b. Die Entscheidung (Beschluß) ist zu verkünden oder beiden Parteien und dem Dritten von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Sie ist vorläufig vollstreckbar (§ 702 Nr. 3). Die „sofortige Beschwerde" (vgl. § 540) steht nur dem Verurtheilten zu, nicht auch dem Antragsteller, welcher kein Recht auf eine Entscheidung hat (so auch Gaupp I S. 305, Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 245, Wilm. Levy Anm. 3 und Petersen § 97 Nr. 6).

Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 5; vgl. jedoch das. Abs. 2, 3 u. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

3) Bei Verschuldung des Gerichts oder schuldloser Unkenntniß der Verhältnisse bzw. Unwissenheit auf Seiten einer Partei können die Gerichtsgebühren niedergeschlagen bzw. erlassen werden (GKG. § 6).

4) Nach § 82 des Preuß. AG. z. GVG. sind die Bestimmungen, nach welchen Gerichtsbeamte zum Ersatz von Schäden und Kosten im Aufsichtswege angehalten werden können, aufgehoben, während die besonderen Vorschriften über die Feststellung und den Ersatz der Kassendefekte unberührt bleiben. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 54, A. Förster Anm. 5.)

§ 98.

Literatur zu §§ 98 und 99: Willenbücher: Das Kostenfestsetzungsverfahren ꝛc. Berlin, 1884, H. Meyer: Wie liquidirt man die Prozeßkosten gegen den Gegner? Berlin, 1880, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 418 ff., Frank das. III S. 434 ff., Schmidt (Celle) das. VI S. 47 ff., Francke das. S. 83 ff., Struckmann das. S. 408 ff., Schneider im civ. Arch. 66 S. 283 ff.

1) Das Endurtheil oder das Zwischenurtheil (s. §§ 87 Anm. 1 u. 3, 91 Anm. 2), event. die nachträgliche Entscheidung (§ 292) entscheidet nur über die Kostenpflicht. Die gerichtliche Festsetzung des dem Prozeßgegner zu erstattenden Quantums ist nach dem Vorbilde der preußischen Praxis gestaltet, wie sich dieselbe auf Grund des § 28 I 23 AGO. ausgebildet hat. Vgl. auch Hann. PO. §§ 50 ff., RG. IX S. 392. Die Grundlage ist ausschließlich ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel einschließlich der vorläufig vollstreckbaren Endurtheile (vgl. §§ 644, 648—650, 660, 661, 702, 706 — Urth. in Busch, Zeitschr. III S. 143, 186, VI S. 104, 481, Petersen §§ 98—100 Nr. 1, Seuffert Anm. 3. A. M.: Frank a. a. O. S. 434 ff., Francke a. a. O. S. 77 ff.). Dies ist von besonderer Bedeutung in den Fällen der §§ 243 (s. das. Anm. 6), 476. Auch der Arrestbefehl kann ein solcher Titel sein, sofern darin dem Arrestbeklagten die Kosten ausdrücklich auferlegt sind (vgl. § 87 Anm. 2, § 801 Anm. 4). Andrerseits werden die Kosten des vorausgegangenen Arrestverfahrens durch die Verurtheilung in der Hauptsache zur Erstattung der Kosten des Rechtsstreits nicht getroffen (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 535). [Bloße Wahrscheinlichkeit der eingetretenen Rechtskraft (wie Frank a. a. O. annimmt), kann freilich nicht genügen, obschon der Beweis der Rechtskraft nicht gerade nothwendig durch eine vollstreckbare Ausfertigung (§§ 662, 705 Abs. 1 u. 2) zu führen ist (s. OLG. Celle das. S. 437, 438, H. Meyer a. a. O. S. 5, Willenbücher a. a. O. S. 4) und es also auch nicht der vorherigen Zustellung bedarf (so auch Seuffert a. a. O.). Der Unterschied, welchen

§ 99. Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Frank zwischen der Feststellung des Betrags und der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs machen will, ist nicht haltbar. Unbegründete Unterschiede zwischen vollstreckbaren und zur Vollstreckung geeigneten Titeln macht Schneider a. a. O.; daß aus einem Titel, welcher die Vollstreckung erst nach Ablauf eines bestimmten Termins zuläßt, dieselbe nicht früher erfolgen kann, ist völlig selbstverständlich.] Ein rechtskräftiges Zwischenurtheil, welches in Ansehung der Rechtsmittel als Endurtheil gilt, gewährt, wenn es über die Kosten entscheidet (vgl. § 91 Anm. 2), einen Titel zur Zwangsvollstreckung rücksichtlich der Kosten (OLG. München in Busch, Zeitschr. VI S. 104).

Ein besonderes Festsetzungsverfahren fällt ganz weg hinsichtlich der Kosten des Mahnverfahrens (§§ 632, 639) und der Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 697) einschließlich der Rechtsanwaltsgebühren (Mot. z. GO. f. RA. § 85). Vgl. bezüglich der letzteren RG. in RAnz. 1880 b. Beil. 5 S. 1. Indessen ist, wenn die Beitreibung nach § 697 unterblieben ist, die nachträgliche Festsetzung nicht unzuläsig (Willenbücher a. a. O. S. 10, Wilm. Levy Anm. 2). Die Festsetzung der Kosten der Prozeßbevollmächtigten u. s. w. gegenüber dem Auftraggeber kann nur im Wege der Klage (§ 34) oder des Mahnverfahrens (§§ 628 ff.) erfolgen (s. auch GO. f. RA. § 86).

Wegen der Wegegebühren und Reisekosten der Parteien vgl. § 87 Anm. 2.

2) Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist auch für die Festsetzung der Kosten der höheren Instanzen ausschließlich das Gericht erster Instanz zuständig, sei es auch die Kammer für Handelssachen. Das Verfahren soll nach den Mot. in jedem Prozesse nur einmal erfolgen, so daß die Kosten sämmtlicher Instanzen, und zwar auch die gerichtlichen (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 245) gleichzeitig zur Feststellung zu bringen sind; jedoch ist dies nicht geradezu vorgeschrieben; es gilt nur das gewöhnliche Präjudiz für jede Nachliquidation (s. unten).

Das Verfahren ist thunlichst einfach und rasch (ohne bestimmte Frist — abgesehen von § 100). Der Ausdruck „kann nur" beweist, daß eine Festsetzung auf Grund kontradiktorischer Verhandlung in der Hauptsache (Hann. PO. § 51) selbst mit Zustimmung beider Parteien unzulässig ist. (So auch Willenbücher a. a. O. S. 3 Anm. *, Struckmann a. a. O. S. 414. A. M. theilweise Francke a. a. O. S. 79.) Das Gesuch unterliegt auch im Anwaltsprozesse nicht dem Anwaltszwange (§ 74 Abs. 2); aber nur dies ist davon befreit, nicht das Verfahren, weil § 74 Abs. 2 nur „einzelne Prozeßhandlungen" davon ausnimmt (vgl. RG. IX S. 390, § 99 Anm. 3), und noch weniger die gegen den Festsetzungsbeschluß erhobene Beschwerde (vgl. § 532), weil Satz 1 des § 98 Abs. 2 nur von einem beim Gerichte erster Instanz anzubringenden Gesuche redet (RG. VII S. 403). Die Abschrift der Kostenberechnung für den Gegner ist zur Ausübung des Beschwerderechts (§ 99 Abs. 3), und da unter Umständen der Festsetzungsbeschluß erst nach mündlicher Verhandlung ergeht, zur Vorbereitung nothwendig. Die Belege brauchen nur in Urschrift beigefügt zu werden.

Eine Nachliquidation von Kosten ist nicht ausgeschlossen; die Kosten der Festsetzung fallen aber alsdann dem Liquidanten zur Last, sofern schon früher die Liquidation möglich war (vgl. §§ 87, 100).

3) Auch für bzw. gegen die Erben der betr. Partei ist das hier geregelte Festsetzungsverfahren zuläsig (vgl. § 34 Anm. 5, Francke a. a. O. S. 84, Willenbücher a. a. O. S. 1).

§ 99.

1) Abs. 1: In der Regel genügt das schriftliche Verfahren. Das Gericht kann den Beschluß sofort auf das Gesuch erlassen, aber auch den Gegner zuvor unter Mittheilung der Berechnung zur Erklärung in bestimmter Frist auffordern. „Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen" (Mot.). Vgl. §§ 37 Anm. 1, 119 Anm. 4b.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist. Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. § 163. Entw. I. § 96. Entw. II. § 96. Entw. III. § 96. Mot. S. 118. 119. Prot. S. 35.

§ 100. Sind die Prozeßkosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs aufzufordern,

---

2) Abs. 2: Statt des Beweises begnügt sich die CPO. zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze mit der Glaubhaftmachung (§ 266) des gemachten Aufwandes bzw. der Nothwendigkeit desselben (§§ 87, 180, RAO. § 18 Abs. 5, GO. f. RA. § 94). Der Nachweis der erfolgten Berichtigung ist nicht erforderlich (vgl. § 87 Anm. 2; s. in Betreff der Ansprüche Dritter auch § 115, GO. f. RA. § 85).

3) Abs. 3: Der Festsetzungsbeschluß ist nach Maßgabe des § 294 zu verkünden bzw. zuzustellen. Die Zustellung erfolgt an beide Parteien (vgl. § 294 Anm. 4; so auch RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 10 S. 9, H. Meyer a. a. O. S. 18, Wilm. Levy Anm. 1a, Seuffert Anm. 2, Willenbücher a. a. O. S. 27, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 480, Präs. des OLG. Naumburg das. IV S. 256. A. M.: OLG. Naumburg das. II S. 419, Francke das. VI S. 89). Dafür spricht, abgesehen von den allgemeinen, in § 294 Anm. 4 erörterten Gründen, hier speziell die Vorschrift, daß die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift der Kostenberechnung beizufügen ist, welche nur bei einer Zustellung von Amtswegen an beide Parteien Sinn hat. Die Zustellung erfolgt an den Bevollmächtigten der ersten Instanz (§ 162, RG. IX S. 392, Seuffert Anm. 2). Der Beschluß ist nach Ertheilung der Vollstreckungsklausel vollstreckbar (§§ 702 Nr. 3, 703, 662). Der Antrag auf dieselbe kann mit dem Festsetzungsgesuch verbunden werden; aber die Ertheilung setzt die vorgängige Zustellung des nicht verkündeten Beschlusses voraus (A. Förster § 98 Anm. 2e).

Wegen der „sofortigen Beschwerde“ s. § 540. Von den Anwälten hat nur der Armenanwalt Beschwerde aus eigenem Recht (RG. IX S. 389 ff.). Gegen den das Festsetzungsgesuch zurückweisenden Beschluß ist nach § 530 die einfache Beschwerde zulässig. (So auch RG. VI S. 390.)

4) Einwendungen gegen die Kostenpflicht gehören nicht in das Kostenfestsetzungsverfahren, sondern sind, wenn sie erst später entstanden sind, z. B. durch Zahlung der Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren, Kompensation mit anderen Forderungen u. s. w. nach Maßgabe des § 686 zu erledigen. [Die gegentheilige im Gebiet der Hann. PO. besonders von Leonhardt, BPO. S. 55 u. im Neuen Mag. f. Hann. R. Bd. 1 S. 387 vertheidigte Ansicht beruhte auf abweichenden Bestimmungen. Vgl. Struckmann a. a. O. S. 408 ff. So auch RG. XIII S. 360, Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 309, Petersen §§ 98—100 Nr. 5 a. E., A. Förster § 98 Anm. 3, Kullmann im civ. Arch. 68 S. 427 ff., Wilm. Levy Anm. 2, OLG. Jena in Seuffert Arch. 37 Nr. 252 u. A. A. M.: Schmidt a. a. O. S. 47, Francke a. a. O. S. 84 ff.]

Die zu erstattenden Kosten des Festsetzungsverfahrens, hinsichtlich welcher nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 87 ff.) in dem Festsetzungsbeschlusse zu entscheiden ist (vgl. Wilm. Levy Anm. a. E., RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 340), werden in diesem selbst festgesetzt, soweit dies beantragt wird und die erforderlichen Unterlagen (§§ 98 Abs. 2, 99 Abs. 2) beschafft werden (vgl. H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 319 ff.). Die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde sind vom Gegner zu erstatten (vgl. RG. in Seuffert Arch. 39 Nr. 53 u. Altvater im civ. Arch. 63 S. 431 ff.); die einer erfolglosen fallen dem Beschwerdeführer nach § 92 zur Last.

5) Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 39, sowie § 38 Nr. 1 in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Nr. 3.

§ 100.

1) „Sind — vertheilt“ — d. h. die Kosten beider Theile, sodaß auf beiden Seiten

die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

N. Entw. § 164. Entw. I. § 97. Entw. II. § 97. Entw. III. § 97. Mot. S. 119. Prot. S. 35.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 101. Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in baarem

---

Erstattungsansprüche entstehen (s. § 88 Anm. 3). Hier bedarf es der gleichzeitigen Vorlegung aller Kostenrechnungen.

2) — „hat — aufzufordern" — Die Aufforderung ist formlos und bedarf nicht der Mitwirkung des Gerichts, welchem erst bei Anbringung des Festsetzungsgesuchs der Ablauf der Frist nachzuweisen ist. Befolgt die Partei diese gesetzliche Anweisung nicht, so hat das Gericht das Festsetzungsgesuch als unzulässig zurückzuweisen. [So auch Willenbücher a. a. O. S. 23.] Ist dagegen die Aufforderung fruchtlos ergangen, was von der die Festsetzung beantragenden Partei nachzuweisen ist (s. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 482), so treten nach Ablauf der Frist die für den Gegner in Satz 2 und 3 bestimmten Nachtheile ein. Die Vollstreckung des (ersten) Festsetzungsbeschlusses insbesondere wird alsdann durch das nachträgliche Verfahren, für welches übrigens die Vorschriften der §§ 98, 99 gelten, nicht aufgehalten (Nordd. Prot. S. 2190), soweit nicht der Einwand der Kompensation mit Erfolg geltend gemacht wird (§§ 686 ff., Petersen §§ 98—100 Nr. 7, Gaupp I S. 310, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 37 Nr. 252 u. A.).

Der Schlußsatz des § 100 steht im Einklang mit § 90; vgl. auch § 98 Anm. 2. Wegen der Festsetzung der „Mehrkosten" s. § 99 Anm. 4 a. E.

Sechster Titel.

Hinsichtlich der „prozessualischen Sicherheiten" überhaupt, d. h. der Kautionen, welche nach den Vorschriften der CPO. die eine Partei gegen die ihr aus der Prozeßführung der anderen erwachsenden Nachtheile sichern sollen (vgl. Wetzell S. 315 ff., Renaud S. 136 ff., andrerseits Bülow im civ. Arch. 62 S. 68), enthält die CPO. nur eine allgemeine Bestimmung (§ 101), welche auf die Sicherheitsbestellung des Konkursverwalters entsprechend anzuwenden ist (KO. §§ 65, 70). Im Uebrigen regelt der Tit. 6 nur diejenige Kaution, welche ein Ausländer für die Prozeßkosten zu bestellen hat (§§ 102—105). Ueber den gleichfalls den Zweck der Sicherheitsleistung verfolgenden, dem Gerichte bzw. Rechtsanwalte zu bestellenden Kostenvorschuß vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 5 unter 5.

Für die anderen Kautionen gelten im Einzelnen besondere Vorschriften über Voraussetzungen, Verfahren und Folgen der Nichtleistung. Die CPO. kennt solche Kautionen, abgesehen von der Vertretung (§ 85), nur bei der Zwangsvollstreckung (§§ 647, 650, 652, 657, 688, 690, 716, 775), bei dem Arreste und bei den einstweiligen Verfügungen (§§ 801, 803, 805, 807, 818). Vgl. auch StrPO. § 419.

§ 101.

1) § 101 bestimmt, welche Kautionsmittel bei prozessualischen Sicherheiten zulässig sind.

2) — „oder — zuläßt" — wie in den Fällen der §§ 801, 805, 807. (Vgl. auch KO. § 70.) Anders in dem Falle des § 104 („Höhe").

3) — „Hinterlegung" — d. h. Deposition bei Gericht oder einer andern landesgesetzlich zur Annahme von Depositen berechtigten Stelle [s. z. B. Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 (GS. S. 249) §§ 1, 2, 93 („Hinterlegungsstelle"); §§ 70 ff. (in dringenden Fällen beim

Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

N. Entw. § 165. Entw. I § 98. Entw. II. § 98. Entw. III. § 98. Mot. S. 120, 121. Prot. S. 37, 38.

Amtsgericht); s. auch §§ 87, 88 — vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 437 ff.; wegen anderer Staaten s. Verh. d. 13. D. Juristentags I S. 86 ff., II S. 348 ff., 435 ff.]. Ueber das durch die Hinterlegung begründete Rechtsverhältniß ist allerdings in der CPO. (u. KO.) nichts bestimmt. Es entscheidet also darüber das bürgerliche Recht. Der Zweck der Hinterlegung bringt es aber mit sich, daß die Sicherheit nicht durch Dazwischenkunft anderer Gläubiger bzw. Konkurseröffnung vereitelt werden kann. Der Vorgang entspricht denn auch den Erfordernissen einer Pfandbestellung nach gem. Recht (vgl. auch RG. XII S. 222, Wetzell S. 322), preuß. Recht (ALR. I 20 § 94, RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 114, 115), sächs. BGB. § 466 ꝛc. und gewährt demzufolge, sofern die Partikularrechte nicht noch strengere Erfordernisse aufstellen, auch das Absonderungsrecht im Konkurse nach KO. § 40, EG. z. KO. §§ 14, 16 (vgl. RG. XII S. 226). [Vgl. auch Fitting § 103 Anm. 2, S. 405, Wilm. Levy Anm. 5 a. E., Seuffert Anm. 4, A. Förster Anm. 4. Regelmäßig eine Faustpfandbestellung nimmt auch an Petersen § 101 Nr. 3. A. M. Hellmann I S. 345 ff. u. Lehrb. S. 282, Bolgiano S. 193 Anm. 2, Gaupp I S. 312.] Wegen der Wirkungen einer Sicherheitsleistung bei der Zwangsvollstreckung vgl. § 709 Anm. 6.

Andere Pfänder oder Bürgen sind ebensowenig gestattet, wie juratorische Kaution. Anträge auf Zulassung von Bürgen und Pfändern überhaupt oder einer „Haftbarkeitserklärung" des Anwalts sind von der RTK. abgelehnt.

Die Einziehung der Kaution kann nur im Wege der Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 716 Abs. 2, 722, 730, 736, 746, 754) erfolgen (vgl. Wilm. Levy Anm. 5; s. auch Gaupp I S. 321).

Wegen der Rückgabe der bestellten Sicherheit sind die Landesgesetze maßgebend; vgl. z. B. Preuß. Hinterlegungsordn. §§ 14 Abs. 3, 22 ff. Häufig wird das Gericht ohne Weiteres Anweisung zur Rückgabe an die Hinterlegungsstelle ertheilen können (vgl. Wilm. Levy a. a. O., OLG. Jena in Seuffert, Arch. 38 Nr. 264).

4) — „in baarem Gelde" — soll wohl nichts Anderes bedeuten als Geld überhaupt (vgl. § 716). „Geld" ist an sich nicht blos geprägtes und nicht blos solches (inländisches) Geld, welches von Jedermann zu jedem Betrage in Zahlung genommen werden muß, sondern es gehören dahin, so weit sie im Verkehr als „Geld" behandelt werden und damit wirkliche Zahlung — nicht Hingabe an Zahlungsstatt — geleistet werden kann, alle Münzen, alles Papiergeld, alle Banknoten des In- und Auslandes (vgl. Mandry S. 190 ff., Dernburg II § 32; R. Koch in Endemann's Handb. d. D. HR. ꝛc. II S. 113 ff., Gierke in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. HR. XXIX S. 253). Inwiefern diese Zahlungsmittel sich jedoch zur Hinterlegung nach § 101 eignen, hängt von der Einrichtung des Hinterlegungswesens bzw. der Willenserklärung der Hinterlegungsstelle ab. Es kommt darauf an, daß der Betrag der Sicherheit, wie er von dem Gericht (§ 104) bzw. dem Gesetz bestimmt ist, nach bewirkter Hinterlegung vorhanden ist und erforderlichenfalls eingezogen werden kann. „Baares Geld" sind also diejenigen Zahlungsmittel, welche als „Geld" hinterlegt werden können. (Vgl. R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 363 ff. Zustimmend Petersen § 101 Nr. 2, Seuffert Anm. 2. Aehnlich Wilm. Levy Anm. 4, A. Förster Anm. 2a. Enger: Endemann I S. 412 ff., Gaupp I S. 312.)

Nach der Preuß. Hinterlegungsordn. § 11 kann „Geld" in der Regel nur in Zahlungsmitteln hinterlegt werden, welche bei den Staatskassen in Zahlung anzunehmen sind (sog. Kassenkurs haben); nicht kassenmäßiges Geld ist zunächst in kassenmäßiges umzusetzen.

Ueber einen anderen Begriff der „Baarzahlung" s. Aktiengesetz v. 18. Juli 1884 Art. 176.

5) — „oder in solchen Werthpapieren — gewähren" — Das Ermessen des Gerichts ist hinsichtlich der Deckungsfähigkeit nicht beschränkt; es ist also auch nicht erforderlich, daß die Werthpapiere (wie nach Art. 376 HGB.) einen Börsenpreis oder Marktpreis haben (s. § 722).

§ 102. Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1. wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;
2. im Urkunden= oder Wechselprozesse;

Dagegen erstreckt sich das Ermessen nicht auf die Frage, ob ein Papier als „Werthpapier" anzusehen ist (A. M.: Endemann I S. 414, A. Förster Anm. 2b). Ueber diesen technischen Begriff s. v. Hahn, Komm. z. HGB. 3 Aufl. II S. 3, Goldschmidt, Handb. d. HR. 2. Aufl. I 1 S. 550 ff., Endemann, HR. 3. Aufl. S. 352 ff., Gareis, HR. 2. Aufl. S. 499 ff., Brunner in Endemann's Handbuch II S. 140 ff. u. im Rechtslex. III S. 1309 ff. („Werthpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwerthung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist"). Das Kennzeichen ist ein selbständiger Vermögenswerth der Schrift (im Gegensatz eines bloßen Beweiswerths) (s. auch Petersen § 101 Nr. 2, Gaupp I S. 312, Seuffert Anm. 2, R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 380 ff., Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. HR. XXVII S. 326, RG. VIII S. 374 [zu § 87 d. GO. f. RA.]). Hierher gehören auch Papiergeld (A. M. allgemein Knies, Credit I S. 197, Brunner in Endemann's Handb. II S. 144) und Banknoten, soweit sie nicht bereits unter „baares Geld" fallen (s. Anm. 4). Papiere auf Namen, z. B. Hypothekenbriefe, Grundschuldbriefe, die auch die Mot. nennen (Preuß. Hinterlegungsordn. § 88), oder außer Kurs gesetzte Inhaberpapiere (§§ 723, 724) sind nicht ausgeschlossen; ebensowenig ausländische Werthpapiere.

6) Daß bei nachträglichem Sinken des Werths der hinterlegten Papiere eine Verstärkung der Sicherheit gefordert werden kann (R. E. § 165 Abs. 2), ist nur für die Prozeßkosten=Kaution ausdrücklich bestimmt (§ 104 Abs. 3), dürfte jedoch auch auf andere prozessuale Sicherheiten analog anzuwenden sein (vgl. auch Sarwey I S. 185).

7) Ueber die Hinterlegung von Geld s. Preuß. Hinterlegungsordn. §§ 7 ff., von Werthpapieren auf Inhaber oder doch mit Inhaberklausel das. §§ 36 ff., von Namenspapieren ohne Inhaberklausel das. §§ 87, 88.

§ 102.

1) Abs. 1: „Ausländer" — niemals Inländer (anders Preuß. AGO. I 21 §§ 1, 2), auch wenn sie im Auslande wohnen (s. auch OLG. Celle in Seuffert, Arch. 37 Nr. 149); Ausländer aber auch dann, wenn sie im Inlande Grundbesitz haben. Vgl. § 12 Anm. 3.

— „als Kläger" — Dahin gehören auch Rechtsnachfolger, Hauptintervenienten, einzelne Streitgenossen und Nebenintervenienten auf Seiten des Klägers, da sie nach § 96 für die Kosten haften (s. Hann. PO. § 54, Bad. PO. § 178), und zwar diese nicht bloß (wie Hellmann I S. 350, Endemann I S. 415 u. Francke, Nebenparteien S. 112 annehmen) im Falle des § 66 (OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 S. 246, Petersen §§ 102, 103 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Sarwey I S. 186, Gaupp I S. 314, Seuffert Anm. 2). Kläger ist auch der Restitutions= und der Nichtigkeitskläger (§§ 541 ff.), der Kläger aus §§ 660, 661 (Francke in Busch, Zeitschr. X S. 104), nicht der Berufungs= oder Revisionskläger (s. Gaupp I S. 314, Bl. f. Rechtspflege in Thüringen 2c. Bd. 8 S. 105, Seuffert a. a. O., Francke in Busch, Zeitschr. IV S. 524 ff., OLG. Cöln das. VII S. 97 u. A. A. M. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 257), der Antragsteller im Verfahren zur Sicherung des Beweises und im Entmündigungsverfahren, und ebensowenig der Extrahent des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§ 628), solange dasselbe nicht in den gewöhnlichen Prozeß übergeht (§ 636).

2) — „dem Beklagten auf dessen Verlangen" — Die Kautionspflicht (deren Verletzung jedoch nicht einen Zwang zur Erfüllung, sondern nur Ausschluß von dem beabsichtigten Prozeß zur Folge hat (vgl. § 105 Anm. 3), tritt nur auf Antrag des (ausländischen oder inländischen) Beklagten in Wirksamkeit, nicht auch auf Antrag des auf der Seite des Beklagten

3. bei Widerklagen;
4. bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;
5. bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.

N. Entw. § 166. Entw. I. § 99. Entw. II. § 99. Entw. III. § 99. Mot. S. 121, 122. Prot. S. 38.

§ 103. Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn

---

auftretenden Nebenintervenienten wegen seiner Kosten (§ 96), dessen Rechtslage hier von der des Beklagten verschieden ist, da der Eintritt von seinem Belieben abhängt. (S. auch Siebenhaar S. 155, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 1c. A. M.: Sarwey I S. 186, Gaupp I S. 314, Kleiner I S. 750 u. Francke, Nebenpart. S. 113, 117, welche ihm im Falle des § 66, Petersen §§ 102, 103 Nr. 1 und Wilm. Levy Anm. 3, welche ihm stets das Recht, Sicherheit zu fordern, beilegen wollen.) Die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten gehört zu den prozeßhindernden, ist also in der Regel (§§ 103, 104 Abs. 3, 247 Abs. 3) vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache (in erster Instanz) anzubringen (§ 247 Abs. 2 Nr. 4). Ausnahmen: §§ 465, 490, 529.

Die Eigenschaft als Ausländer ist nöthigenfalls zu beweisen. Vgl. auch StrPO. §§ 414, 419 ff.

3) Abs. 2: „Diese Verpflichtung tritt nicht ein" — Das Gericht hat also von Amtswegen darauf zu achten, ob einer der Ausnahmefälle vorliegt.

Nr. 1: Der Nr. 1 liegt zwar, wie auch die Mot. hervorheben, der Gedanke der Reziprozität oder Retorsion (Wach I S. 22) zu Grunde. Dieselbe ist aber nicht (wie Fuld in Busch, Zeitschr. IX S. 257 ff. annimmt) dahin aufzufassen, daß die Sicherheitsleistung gegen Ausländer nur zulässig sei, wenn der betreffende auswärtige Staat Sicherheit wegen Prozeßkosten gegen Ausländer, insbesondere Deutsche als solche, nicht auch, wenn er sie — wie z. B. Oesterreich — gleichmäßig gegen seine eignen Angehörigen und gegen Ausländer verlange. Diese restriktive Auslegung, nach welcher Ausländer in Deutschland besser gestellt sein könnten als im eigenen Lande, widerstreitet dem Wortlaute des Gesetzes („in gleichem Falle") wie dem Zwecke, die Inländer gegen die Weitläufigkeiten der Wiedererlangung der Prozeßkosten von Ausländern wenigstens eben so weit zu schützen, als das Ausland selbst einen solchen Schutz in Anwendung bringt. Vgl. auch GKG. § 85 Abs. 2 Nr. 1. Zur Reziprozität gehört ferner nicht — wie ein von der RTK. abgelehnter Antrag nach § 166 Nr. 1 d. N. E. wollte — daß in dem Staate des Klägers die den Kostenpunkt betreffenden Entscheidungen des deutschen Gerichts vollstreckt werden. (Mot. S. 121.)

„nach den Gesetzen" — Weiter ist die Fassung in den §§ 106 Abs. 2, 661 (s. das. Nr. 1 Anm. 10). Als „Gesetz" gilt indessen auch ein Staatsvertrag (EG. z. CPO. § 12, Seuffert Anm. 4, Sarwey I S. 187 u. A.), nicht ein bloßer usus fori (wie Uebel I S. 114 meint). Solche Staatsverträge sind vom D. Reiche bezüglich der zum Armenrecht Zugelassenen (vgl. § 106 Anm. 4) abgeschlossen mit Belgien am 18. Oktbr. 1878 (RGBl. 1879 S. 316), mit Luxemburg am 12. Juni 1879 (ebendas. S. 318), mit Frankreich am 20. Febr. 1880 (RGBl. 1881 S. 81).

Die Befreiungsgründe Nr. 2 und 5 beruhen nach den Mot. auf der Schleunigkeit dieser Prozeßarten (§§ 555 ff., 706 Abs. 2). Geht der Urkundenprozeß in das ordentliche Verfahren über (§ 559), so fällt der Befreiungsgrund weg (vgl. § 103). S. auch § 503. „Ansprüche" statt „Forderungen" ist in Nr. 5 wie in §§ 745 ff. gesetzt, „um jeden Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf dingliche Ansprüche auszuschließen" (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2).

Die Exemtionen Nr. 3 (§ 33), 4 (s. § 823) rechtfertigen sich dadurch, daß die Erhebung dieser Klagen durch einen Angriff des Beklagten veranlaßt ist. Vgl. jedoch § 104 Abs. 2. — Als sechster Befreiungsgrund tritt die Zulassung zum Armenrechte (§ 107 Nr. 2) hinzu. Vgl. § 106 Abs. 2.

Ueber die Kostenvorschüsse der Ausländer an die Gerichtskasse s. GKG. § 85.

im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

N. Entw. § 167. Entw. I. Entw. II. § 100. Entw. III. § 100. Mot. S. 122. Prot. S. 38.

§ 104. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

N. Entw. § 168. Entw. I. § 100. Entw. II. § 101. Entw. III. § 101. Mot. S. 122. Prot. S. 38.

---

§ 103.

1) — „im Laufe des Rechtsstreits" — hier also in Konsequenz des § 247 Abs. 3 (s. § 102 Anm. 2) auch nach der Einlassung auf die Klage. Wann der Beklagte in diesen Fällen die Sicherheit zu verlangen hat, hängt vom Eintritt seiner Wissenschaft ab (s. N. E. § 167). Selbstverständlich kann er auf Grund des § 248 die Fortsetzung der Verhandlung verweigern und abgesonderte Entscheidung fordern (Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 78).

— „die Eigenschaft eines Deutschen verliert" — vgl. Ges. v. 1. Juni 1870 §§ 13 ff. (BGBl. S. 355).

— „oder — wegfällt" — nur in den Fällen § 102 Nr. 1, 2.

2) — „unbestritten" — Dies trifft nicht zu, wenn gegen die an sich unstreitige Klageforderung ein Kompensations-Anspruch erhoben ist.

§ 104.

1) Abs. 1: Daß der Antrag auf eine bestimmte Summe zu richten ist (N. E. § 168 Abs. 1), ist nicht vorgeschrieben und kann auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden (s. Sarwey I S. 188, Gaupp I S. 317 u. A.). Das Gericht der betreffenden Instanz (A. M. Siebenhaar S. 157) entscheidet nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurtheil, welches unter gewissen Voraussetzungen in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil gilt (§ 248). Das „freie Ermessen" hinsichtlich der Höhe (vgl. § 101 Anm. 2) ist nur durch die Bestimmung in Abs. 2 beschränkt. Eine besondere Beweisaufnahme ist nicht zulässig (vgl. § 92 Anm. 2).

2) Abs. 2: — „der Prozeßkosten" — nicht der Kosten der ersten Instanz, damit nicht in den höheren Instanzen eine Wiederholung (nach Abs. 3) erforderlich werde. Wo wahrscheinlicherweise keine Prozeßkosten aufzuwenden sind, da ist auch keine Kaution erforderlich (Renaud S. 139).

3) Abs. 3: „Ergiebt sich — hinreicht" — sei es in Folge einer zu niedrigen Veranschlagung der Prozeßkosten durch das Gericht — wobei auch die schon vor dem Antrage auf Erhöhung entstandenen, bisher ungedeckten Kosten zu berücksichtigen sind (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 63) — oder weil die geleistete Sicherheit im Werth gesunken ist (s. § 101 Anm. 6). In dem umgekehrten Falle darf aber keine Ermäßigung der Sicherheit verlangt werden.

4) — „sofern nicht — unbestritten ist" — wie im Falle des § 103.

5) Wenn im Laufe des Rechtsstreits die Voraussetzung der Kautionspflicht wegfällt, so kann der Kläger selbstverständlich die Aufhebung der Sicherheitsleistung beantragen.

§ 105. Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

N. Entw. § 169. Entw. I. § 101. Entw. II. § 102. Entw. III. § 102. Mot. S. 122, 123. Prot. S. 38, 39, 523, 524, 782, 783.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 106. Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf

---

§ 105.

1) — „eine Frist zu bestimmen" — durch Beschluß, welcher in gewöhnlicher Weise zu verkünden bzw. zuzustellen ist (§ 294) oder in dem Urtheil selbst (Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 79). Die (richterliche) Frist ist keine Nothfrist (s. § 201 Abs. 3); es giebt also auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 211). Sie beginnt mit der Verkündung des Zwischenurtheils (§§ 104 Anm. 1, 198, 294 Abs. 1). Das Verfahren ruht, bis nach Ablauf der Frist bzw. Leistung der Sicherheit von Neuem geladen wird, falls der Beklagte nicht schon vorher verhandeln will (vgl. §§ 247 Abs. 2 Nr. 4, 248 Abs. 1; Renaud S. 143, Bad. PO. § 189).

2) Die Entwürfe waren strenger; es sollte darauf ankommen, ob die Sicherheit innerhalb der Frist geleistet ist. Nach dem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. Wolffson dagegen kann der Kläger die Sicherheit auch nach Ablauf der Frist noch so lange leisten, als nicht über den betreffenden Antrag des Beklagten eine Entscheidung erfolgt ist. Vgl. auch § 828.

3) Ueber die Wirkungen der Zurücknahme der Klage s. § 243 Abs. 3 (Wach in Grünhut, Zeitschr. f. d. Pr.- u. öff. R. VII S. 142 weist auf den inneren Zusammenhang mit § 105 hin). In der Rechtsmittelinstanz ist für den Fall, daß der Kläger das Rechtsmittel ergriffen hat, der Nachtheil stärker; das angegriffene Urtheil wird alsdann rechtskräftig, da der Prozeß nicht in der Schwebe bleiben darf, sondern auf den Antrag des zur Betreibung des Rechtsstreits berechtigten Beklagten zu Ende geführt werden muß (vgl. §§ 476, 529). Es erlischt also auch die Anschließung des Beklagten (§ 483; A. M. Siebenhaar S. 158, Kleiner I S. 459). Hat der Beklagte das Rechtsmittel ergriffen, so kann nur die Klage für zurückgenommen erklärt werden, wenn der Kläger eine in höherer Instanz angeordnete Kaution nicht geleistet hat, und die etwaige Anschließung des Klägers ist zu verwerfen (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 2b, Petersen § 105 Nr. 3, Gaupp I S. 320 u. A.).

Die Entscheidung ist ein Endurtheil. Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln folgt den allgemeinen Grundsätzen. Beim Nichterscheinen des Klägers ist ein Versäumnißurtheil und folgeweise Einspruch nicht zuläßig, weil die Folgen einer Terminsversäumung im Sinne des § 295 nicht ausgesprochen werden (Seuffert Anm. 3 a. E.).

Statt des in Satz 2 bestimmten Nachtheils unter Fortsetzung des Verfahrens die Zwangsvollstreckung der Kautionsauflage zu erwirken (Preuß. AGO. I 21 § 10, Endemann, Lehrb. S. 488, 490), ist nicht zulässig.

Siebenter Titel.

1) In Frankreich erst im Jahre 1851 gesetzlich geregelt, ist das Armenrecht in Deutschland aus dem römischen und kanonischen Rechte fortentwickelt (s. Wetzell S. 328, 329, Renaud S. 750 f.). Die CPO. hat das Institut in hergebrachter Weise aufgenommen. Um armen Parteien den Rechtsschutz nicht zu versagen, wird denselben bedingungsweise (§ 106) einstweilen (§ 116), unbeschadet der Rechte des Gegners (§ 108), ein Recht auf unentgeltliche Prozeß-

Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

N. Entw. §§ 170, 171. Ent. I. § 102. Entw. II. § 103. Entw. III. § 103. Mot. S. 123, 124. Prot. S. 39—41.

führung (§ 107) eingeräumt. Dasselbe gilt auch für die Prozeduren, welche sich nicht in den Formen der Klage bewegen, z. B. §§ 447 ff., 571 ff., 593 ff., 628 ff., 823 ff., 851 ff., soweit darin von einer Mitwirkung der Gerichte die Rede ist. Vgl. auch StrPO. §§ 414, 419.

2) Das Verfahren regeln die §§ 109, 110, die Entziehung des Armenrechts § 112, das Erlöschen § 113. Das Rechtsverhältniß des Gegners betreffen die §§ 108, 111, 114, 115. Von der Nachzahlung handelt § 116. Allgemeine Prozedurvorschriften enthalten auch die §§ 117, 118.

3) Namentlich für die Rechtssachen, auf welche die CPO. keine Anwendung findet, ist von Bedeutung § 30 der Preuß. AG. z. GKG v. 10. März 1879 (GS. S. 145), wonach ein gemäß § 109 Abs. 2 ausgestelltes Zeugniß in der Regel genügt, um die völlige oder theilweise Niederschlagung oder Stundung des Kostenbetrags zu begründen. Der Schuldner hat jedoch auf Verlangen der Kassenverwaltung sein Vermögen anzugeben und den Offenbarungseid zu leisten (CPO. § 711). Durch die Niederschlagung wird die spätere Einziehung nicht ausgeschlossen. Ueber Beschwerden wegen verweigerter Niederschlagung oder Stundung entscheiden, unbeschadet der Wirkung des erlangten Armenrechts, die der Kasse vorgesetzten Behörden.

§ 106.

1) Abs. 1: „Wer — bestreiten" — Die Definition verlangt nicht absolutes Unvermögen. Das Gericht hat zu ermessen, was ohne Beeinträchtigung des nothwendigen Unterhalts entbehrt werden kann (§ 109 Abs. 2). Führt der Vater oder Ehemann als gesetzlicher Vertreter den Prozeß, so wird seine Verpflichtung zur Bestreitung von Prozeßkosten aus den Einkünften des verwalteten Vermögens bzw. aus eigenem Vermögen (vgl. z. B. Preuß. ALR. II 1 §§ 187, 188) nicht außer Betracht zu lassen sein (vgl. Petersen § 106 I 2 u. A.). Im Uebrigen ist es aber nicht erheblich, ob alimentationspflichtige Angehörige vorhanden sind (s. Prot. S. 41, OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 127, A. Förster Anm. 1a, Kleiner I S. 460. A. M. Seuffert Anm. 1).

2) Die vorstehende Formulirung des objektiven Erfordernisses der Armuth bezieht sich nur auf physische Personen. (So auch Franke in Busch, Zeitschr. VI S. 91 ff., welcher übrigens mit Unrecht eine entgegenstehende Praxis der hannoverschen Gerichte behauptet.) Sie trifft auch nicht den Konkursverwalter (OLG. Colmar in Busch, Zeitschr. VII S. 97, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 54).

„Inwieweit ein Recht der juristischen Personen auf Gebührenfreiheit anzuerkennen, wird in der CPO. nicht bestimmt" (Mot.).

Die betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften sind aufrecht erhalten. Reichsgesetzlich sind befreit das Reich in dem Verfahren vor den Landesgerichten, die Bundesstaaten in dem Verfahren vor dem Reichsgericht. Für letzteres kann die Befreiung auch durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths gewährt werden. Vgl. GKG. § 98, Verordn. v. 24. Dezbr. 1883 (RGB. 1884 S. 1).

3) — „wenn — erscheint" — Diese Einschränkung ist auf Antrag des Abg. Struckmann nach Vorgang der meisten neueren Prozeßgesetze und Entwürfe (auch N. E. § 170) von der RTK. aufgenommen, um Gerichte, Anwälte und wohlhabende Parteien nicht den Chikanen prozeßsüchtiger Armen auszusetzen (s. auch RAO. § 33). Sie führt zu einer sachlichen Vorprüfung der Klage durch das Prozeßgericht (§ 109 Abs. 3) — nicht, wie nach Hann. PO. S. 62 ꝛc., durch die Staatsanwaltschaft —, welche indessen einer anderen Kammer als der in der Hauptsache entscheidenden übertragen werden kann. Eine Modifikation enthält § 110 Abs. 2. „Völlig" vor „aussichtslos" ist in zweiter Lesung gestrichen, um das fragliche Erforderniß nicht allzu-

§ 107. Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:
1. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;
2. die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;
3. das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

N. Entw. § 172. Entw. I. § 103. Entw. II. § 104. Entw. III. § 104. Mot. S. 124, 125. Prot. S. 41, 42, 523, 524, 663.

---

sehr — bis zur Annahme des Gegentheils von dem, was der Kläger behaupte — zu verschärfen. Es genügt, wenn die Haltlosigkeit des von dem Nachsuchenden eingenommenen Rechtsstandpunkts von vornherein auf der Hand liegt. (S. auch RG. IV S. 416 u. OLG. München in Busch, Zeitschr. III S. 163.) In Eheprozessen ist dem Beklagten aus diesem Grunde das Armenrecht nicht zu versagen (OLG. Dresden das. VI S. 487).

Für eine bereits erledigte Instanz findet wegen des vorliegenden Erfordernisses die Bewilligung nicht mehr statt (RG. II S. 378).

4) Abs. 2: Ob die Verbürgung der Gegenseitigkeit in internationalen Verträgen oder in ausländischen Gesetzen enthalten ist, fällt nicht in's Gewicht, wie der Vertreter der Regierungen in der RTK. bemerkte. Letzteres ist z. B. in Italien der Fall (s. Bek. des Reichskanzlers v. 1. Oktober 1879 — RGBl. S. 312); auch in Oesterreich (Gaupp I S. 324, Wilm.-Levy Anm. 4). Verträge jener Art sind abgeschlossen mit Belgien, Luxemburg und Frankreich (vgl. § 102 Anm. 3). Ueber den Rechtshülfeverkehr in diesen Sachen mit Luxemburg s. Allg. Verf. d. preuß. Just.Min. v. 27. Oct. 1885 (JMBl. S. 356). Wegen der von Bayern und Württemberg abgeschlossenen Verträge s. Gaupp I S. 324, Kleiner I S. 462. Hier genügt auch eine ständige thatsächliche Uebung (vgl. § 661 Anm. 10; anders § 102 Anm. 3). — Ob auch der Gegner Ausländer, ist unerheblich (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 487).

§ 107.

1) — „die Partei" — Gleichgültig ist es, ob Kläger, Beklagter oder Nebenpartei.

Nr. 1: — „einstweilige"; Nr. 3: — „vorläufig" — nämlich, bis nach § 116 die Verpflichtung zur Nachzahlung eintritt (daher „beneficium annotationis").

2) — „der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten" — namentlich also auch der Gebührenvorschüsse (GKG. §§ 81 ff.). Dies gilt auch für Ausländer (§ 85 Nr. 6 das.)

„Gebühren der Beamten" — z. B. des Gerichtsvollziehers (s. Nr. 3); auch dieser kann also keinen Vorschuß fordern (GO. f. GV. § 18); die baaren Auslagen, welche vom Ersatzpflichtigen nicht beigetrieben werden können (§§ 115, 697), erhält er von der Staatskasse (GO. f. GV. § 21).

— „der den Zeugen und Sachverständigen zu gewährenden Vergütung" — einschließlich des Vorschusses; dieselben behalten ihren Anspruch an die Staatskasse (§§ 344, 366, 378). Anträge, die betreffenden Worte zu streichen bzw. hinzuzufügen: „Das Gericht hat zu bestimmen, welche Zeugen und Sachverständigen im Armenrecht vorzuladen sind", eventuell diese Bestimmung wenigstens bezüglich der Zeugen aufzunehmen, sind von der RTK. abgelehnt, die beiden letzteren in der Erwägung, daß die Bestimmung wegen der Sachverständigen nach § 369 entbehrlich und für die Zeugen als absolute Regel bedenklich sei, zumal das Gericht zunächst nur einen Theil der benannten Zeugen vernehmen könne.

3) — „sonstigen baaren Auslagen" — z. B. Diäten und Reisekosten der Gerichts-

personen, Kosten der Haft des Schuldners (§ 792), welche GKG. § 78 Nr. 8 unter den „baaren Auslagen" aufführt (so auch Seuffert § 792 Anm. 1, Petersen S. 1092. A. M.: Wilm.-Levy § 792 Anm. 1, OLG. Kassel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 165), Portokosten, Schreibgebühren (vgl. RG. VII S. 392) ꝛc. Gemeint sind nur Auslagen des Gerichts, welche als „Gerichtskosten" eingezogen werden. (Vgl. GKG. § 79.) [Weiter geht OLG. Colmar in Busch, Zeitschr. VII S. 98.]

„Stempelsteuer" — vgl. GKG. §§ 2, 100, 101.

4) Nr. 3: — „ein Gerichtsvollzieher" — Welcher Gerichtsvollzieher hier zu wählen, bestimmen die Landesgesetze bzw. Reglements. Für Preußen s. d. Allg. Verf. d. Just.Min. v. 23. Febr. 1885 (JMBl. S. 68). Abgesehen von solchen Vorschriften, kann die Auswahl unter mehreren Gerichtsvollziehern nach Analogie der Vorschrift über die Beiordnung eines Rechtsanwalts (s. unten) durch den Vorsitzenden bezw. den von Letzterem delegirten Gerichtsschreiber erfolgen (A. M. Gaupp I S. 324, welcher Beiordnung durch das Prozeßgericht verlangt). Im Uebrigen s. Anm. 2.

— „insoweit — geboten ist" — vgl. § 75 Anm. 1. In anderen Sachen kann die gleiche Beiordnung geschehen (RAO. § 34). Auch in diesem Falle sind die §§ 115, 116 entsprechend anzuwenden.

— „ein Rechtsanwalt" — Die Auswahl aus den bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwälten gebührt dem Vorsitzenden desselben; gegen die Verfügung haben Partei und Rechtsanwalt die Beschwerde (RAO. § 36). Gegen die ablehnende Entscheidung steht der Partei dasselbe Rechtsmittel zu [das. § 35 — ohne Anwaltszwang (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 339)]; hingegen nicht dem Rechtsanwalt wegen der Beiordnung überhaupt (s. Mot. z. RAO. S. 64, Meyer, RAO. § 36 Anm. 5, Gaupp I S. 323, RG. u. OLG. Kiel in Seuffert Arch. 39 Nr. 241, RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 7 S. 362. A. M. anscheinend Sarwey I S. 193), auch nicht auf Grund des Mangels eines Antrags (A. M. Wilm. Levy Anm. 5). Die Ansicht (Wilm.-Levy Anm. 5, Urth. d. Ehrengerichtshofes der Anwälte in Jur. Wochenschr. 1883 S. 261), daß hierdurch die Befugniß des Rechtsanwaltes nicht ausgeschlossen sei, die Verfolgung eines Rechtsanspruchs abzulehnen, wenn er auf Grund erfolgter Prüfung zu der Ueberzeugung gelangt, daß derselbe unbegründet sei, steht hiermit in innerem Widerspruch. Das Gericht allein soll entscheiden, ob die Prozeßführung aussichtslos sei; wollte man daneben dem Anwalte eine gleiche Entscheidung zugestehen, so könnte er bei dem geltenden Anwaltszwang die Bewilligung des Armenrechts unter Umständen völlig illusorisch machen. Die von jenen angeführte Aeußerung des Reg.-Kommissars in der RTK., Prot. S. 40 ist ohne Bedeutung, weil die Materie in dieser Hinsicht ihre endliche Regelung erst durch die RAO. erhalten hat (so auch RG. in den oben zitirten Entsch., Gaupp I S. 323, 326, Petersen §§ 107, 108 Nr. 4, Seuffert Anm. 3 u. A.). Wegen der Vollmacht s. § 76 Anm. 1.

Aus der Pflicht zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung der Rechte der armen Partei folgt auch, daß der außerhalb des Sitzes des Kollegialgerichts wohnhafte Rechtsanwalt aus der Gerichtskasse den Ersatz seiner Reisekosten nicht verlangen kann. Vgl. auch Ber. der RTK. f. d. RAO. (Drucks. d. RT. 3. Legisl.-Per. II. Sess. 1878 Nr. 173 S. 31). Zum Ersatz der Mehrkosten ist jedoch auch die Gegenpartei nicht verpflichtet (RAO. § 37). [A. M. Rödenbeck in Busch, Zeitschr. IX S. 241 ff.]

Wegen Schreibgebühren für die aus den Gerichtsakten gefertigten Abschriften s. RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 337.

5) Ob die Befreiung (Nr. 1—3) auch theilweise bewilligt werden könne (P. E. § 126), ist nicht gesagt. Bei der positiven Natur des Armenrechts bzw. der Fassung „Durch Bewilligung des Armenrechts erlangt" usw. sprechen überwiegende Gründe dafür (mit RG. XII S. 417, Seuffert Anm. 4, Petersen §§ 107, 108 Nr. 1, Sarwey I S. 194, Gaupp I S. 325 u. A.), die Unzulässigkeit einer solchen beschränkten Bewilligung anzunehmen (A. M. Endemann I S. 424).

§ 108. Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

N. Entw. § 173. Entw. I. § 104. Entw. II. § 105. Entw. III. § 105. Mot. S. 124, 125. Prot. S. 42.

§ 109. Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuch ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

N. Entw. §§ 174, 175. Entw. I. § 105. Entw. II. § 106. Entw. III. § 106. Mot. S. 125. Prot. S. 42.

---

§ 108.

Das Armenrecht befreit nur von der unmittelbaren Kostentragungspflicht, nicht von der Erstattungspflicht (vgl. §§ 87 Anm. 2, 243 Anm. 7). Dagegen fällt die Sicherheitsleistung fort (s. § 107 Nr. 2).

§ 109.

1) Abs. 1: — „bei dem Prozeßgericht" — Dies ist nicht nothwendig das erster Instanz (§§ 98 Abs. 2, 686 &c.), sondern das Gericht, „bei welchem zur Zeit des Gesuchs der Prozeß anhängig ist" (Mot.) oder anhängig gemacht werden soll (N. E. § 175). Auch rücksichtlich der dem Prozesse vorausgehenden beim Amtsgericht anhängig zu machenden Prozeduren (vgl. z. B. §§ 448 Abs. 2 u. 3, 571) erfolgt die Bewilligung durch das Prozeßgericht. (Vgl. A. Förster Anm. 1.)

2) Das Gesuch ist nach dem allgemeinen Grundsatze des § 74 Abs. 2 vom Anwaltszwange ausgenommen.

3) Abs. 2: — „der obrigkeitlichen Behörde" —

> „Die Bezeichnung der zur Ausstellung der Armuthszeugnisse berechtigten Behörden fällt der Verwaltung zu" (Mot.)

— selbstverständlich nach Maßgabe des Landesrechts. Zum Theil haben die Ausführungsgesetze darüber Bestimmung getroffen — s. Wilm. Levy, AG. z. CPO. S. 155, 158, 168, 191, 198, 207, 214, 227, 241, 251, 262, 269, 272, 278, 284, 297, A. Förster Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 220, v. Amsberg, Mecklenb. Verord. S. 500 ff. Eine Klage bei den Verwaltungsgerichten wegen Versagung des Zeugnisses ist in Preußen nicht statthaft (Entsch. d. preuß. OVG. XI S. 372).

„Zeugniß" — Andere Beweismittel, namentlich der sog. Armeneid (Wetzell S. 328), sind nicht zulässig. Das Gericht hat aber auch hinsichtlich des Zeugnisses freie Beweiswürdigung (§ 259). In der höheren Instanz ist das Zeugniß entbehrlich, wenn das Armenrecht in der früheren Instanz bewilligt war (§ 110 Abs. 2).

4) — „das Unvermögen" — nach den Erfordernissen des § 106.

5) „Kuratel" — in Preußen gleichbedeutend mit „Pflegschaft" (Vormundschaftsordnung v. 5. Juli 1875 §§ 86 ff.). Es handelt sich hier übrigens nur um eine Befugniß („kann").

6) Abs. 3: Dieser Satz ist auf Antrag des Abg. Struckmann in Konsequenz des Zusatzes zu § 106 Abs. 1 (s. das. Anm. 3) aufgenommen, um die gerichtliche Vorprüfung zu ermöglichen. Ausnahme: § 110 Abs. 2. Das Ermessen des Gerichts entscheidet darüber, inwieweit die Darlegung zu erfolgen hat; nöthigenfalls kann weitere Aufklärung oder Erläuterung verlangt werden (vgl. OLG. Dresden in Seuffert, Arch. 38 Nr. 64). Die „Angabe" umfaßt nicht die

§ 110. Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder aussichtslos erscheint.

N. Entw. § 176. Entw. I. Entw. II. § 107. Entw. III. § 107. Mot. S. 125. Prot. S. 42.

§ 111. Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im §. 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. — Entw. III. — Mot. S. 125. Prot. S. 42.

Vorlegung der Beweismittel (Sarwey I S. 197, Hellmann, Lehrb. S. 221). Indessen kann das Gericht auch die Vorlegung von Urkunden — nicht sonstige Beweisaufnahme — anordnen (vgl. Seuffert Anm. 3, Gaupp I S. 331, Petersen § 109 Nr. 3). In den Rechtsmittelinstanzen ist die Bezeichnung und Begründung der Beschwerden nicht erforderlich (RG. IV S. 357).

§ 110.

1) Die Entwürfe gehen in Ermangelung der Vorprüfung (§ 106 Anm. 3) von dem entgegengesetzten Prinzip aus. Die Aenderung (welche mit dem gem. R. — Wetzell S. 329 — u. d. N. E. übereinstimmt) beruht auf einem Antrage des Abg. Struckmann in der RTK., welcher darauf hinwies, daß das Resultat der Vorprüfung oft — bei veränderter Sachlage — in höherer Instanz nicht mehr zutreffe; nur in dem Falle, wenn die wohlhabende Partei ein Rechtsmittel einlege, sei der Arme, welcher ein Urtheil für sich habe, unbedingt durch Gewährung des Armenrechts zu schützen. — Daß nicht nur das Verfahren in Folge eines Einspruchs, sondern auch die Zwangsvollstreckung zur ersten Instanz gehört, entspricht dem § 163 und ist durch die von der Redaktions-Komm. der RTK. hinzugefügten Worte „für — Zwangsvollstreckung" außer Zweifel gestellt. Das für die höhere Instanz bewilligte Armenrecht schließt dagegen niemals die Bewilligung für das Zwangsvollstreckungsverfahren in sich. Die arme Partei muß sich also dann an das Prozeßgericht erster Instanz wenden. (Vgl. auch Sarwey I S. 198, Bolgiano S. 183 Anm. 2a u. A.) — Auch von Zahlung der Kosten der Rechtshülfe ist die arme Partei einstweilen befreit (GVG. § 165 Anm. 3).

Die Wiederaufnahme (§§ 541 ff.) bildet einen neuen Prozeßabschnitt, für welchen das Armenrecht besonders nachzusuchen ist. Auch Abs. 2 Satz 2 ist darauf nicht anwendbar. (So auch Gaupp I S. 332, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 110 Nr. 1.)

2) Abs. 2: — „bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht" — Gleichwohl ist (schon wegen des § 112) das Gericht berechtigt, wegen Mangels dieses materiellen Erfordernisses das Armenrecht zu versagen (Petersen § 110 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Endemann I S. 427, Hellmann I S. 371).

„Hat — eingelegt" — Die Anschließung der armen Partei ist unerheblich (Seuffert Anm. 4, Sarwey I S. 198, Petersen a. a. O. u. A.).

§ 111.

Der Paragraph ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr eingeschaltet, um das Armenrecht wenigstens dem Angegriffenen gegenüber unschädlich zu machen (Hann. PO. § 61 Nr. 4 ꝛc.). Selbstverständlich hört die „einstweilige Befreiung" auf, sobald die vermögende Partei in die Kosten verurtheilt wird (§ 114 Abs. 2), und zwar trotz GKG. § 93, welcher sich nur auf zahlungsfähige Parteien bezieht, rechtskräftig (RG. VI S. 418 u. in Busch, Zeitschr. V S. 404 ff., OLG. Celle das. IV S. 395 ff., Kleinschmidt das. V S. 404 ff., A. Förster Anm. 3,

§ 112. Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

N. Entw. § 177. Entw. I. § 106. Entw. II. § 108. Entw. III. § 108. Mot. S. 125. Prot. S. 42.

§ 113. Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

N. Entw. § 178. Entw. I. § 107. Entw. II. § 109. Entw. III. § 109. Mot. — Prot. S. 42.

§ 114. Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist.

N. Entw. § 179. Entw. I. § 108. Entw. II. § 110. Entw. III. § 110. Mot. — Prot. S. 42, 524.

Seuffert § 114 Anm. 2. A. M. v. Reden in Busch, Zeitschr. V S. 476 ff.), oder sobald das Armenrecht aufhört (§§ 112, 113).

Die Bestimmung ist nicht etwa analog auf den Fall anzuwenden, wenn der Arme der Beklagte bzw. Berufungs- oder Revisionsbeklagte ist (anders Hann. PO. a. a. O.), wiewohl zugleich Widerkläger oder Adhärent (RG. VI S. 418 u. in Busch, Zeitschr. V S. 407, Seuffert Anm. 2, Petersen § 111 Nr. 1, Hellmann I S. 372 u. A. A. M. Puchelt I S. 359), während andrerseits die Befreiung sich auch auf die durch eine Widerklage usw. veranlaßten Kosten erstreckt (s. auch RG. VI S. 418 u. in Busch, Zeitschr. V S. 404, OLG. Dresden das. VI S. 485 u. A.). Auf den Angreifenden, wenngleich er in der früheren Instanz der Angegriffene war, bezieht sich die einstweilige Befreiung niemals.

Ueber die Nachzahlung seitens der armen Partei s. § 116 Abs. 2.

§ 112.

1) Zu dem Entziehungsbeschlusse (§ 118) ist nicht das Gericht, welches das Armenrecht bewilligt hat, als solches zuständig, sondern das Instanzgericht, vor welchem der Rechtsstreit gerade schwebt, wenn die Voraussetzung des § 112 eintritt. Die Entziehung kann auch von Amtswegen wie auf Antrag des Gegners oder eines anderen Betheiligten (vgl. § 117) erfolgen. Dieselbe wirkt an sich nur für die Zukunft. Wegen der Nachzahlung vgl. §§ 116—118.

2) — „wenn sich ergiebt — ist“ — Hierüber entscheidet das Gericht in freier Würdigung mit oder ohne Beweisaufnahme (§ 259; vgl. Bad. OLG. in Busch, Zeitschr. III. S. 493).

— „eine Voraussetzung“ — vgl. § 106; also nicht blos das Unvermögen, letzteres aber auch im Falle des § 110 Abs. 2.

§ 113.

Das Armenrecht ist eine persönliche Vergünstigung, welche so wenig für die Erben als für die Streitgenossen wirken kann. Auch § 110 Abs. 2 kommt also den Erben nicht zu statten. (So auch Bolgiano S. 190. A. M. Hellmann I S. 374.) Andrerseits hat aber der Tod keine rückwirkende Kraft rücksichtlich der gestundeten Forderungen (Sarwey I S. 199, Kleiner I S. 477. A. M. Siebenhaar S. 167).

§ 114.

1) Der § 114 handelt von der Verpflichtung des Gegners zur nachträglichen Zahlung der Gerichtskosten. Das Armenrecht kommt, abgesehen von § 111, dem Gegner nicht zu Statten; aber erst auf Grund der — rechtskräftigen (vgl. RG. VI S. 419 u. die übrigen § 111 Anm. all. Entsch.) — Verurtheilung können die der armen Partei gestundeten Gerichtskosten von ihm unmittelbar eingezogen werden (vgl. GKG. §§ 86 ff.).

§ 115. Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

N. Entw. § 180. Entw. I. § 109. Entw. II. § 111. Entw. III. § 111. Mot. S. 125. Prot. S. 42.

---

2) Abs. 2: Der von der RTK. auf Antrag des Abg. Becker aufgenommene, von den Kosten des Gegners selbst handelnde Zusatz ist eine Konsequenz des § 111, zum Theil aber bereits in Abs. 1 enthalten. Durch den erst in zweiter Lesung der RTK. hinzugefügten Passus „oder — ist" soll erreicht werden, daß nicht die Staatskasse durch Vergleiche benachtheiligt wird — (vgl. auch GKG. §§ 86, 88). — Auch das Liegenlassen gilt nach der Absicht der RTK. als Beendigung. Die vermögende Partei wird in diesem Falle etwa nach Jahresfrist (GKG. § 94 Nr. 1) zur Erklärung aufzufordern sein, ob der Prozeß liegen bleiben soll. Bejaht sie dies, so tritt die Bestimmung in Anwendung. (So auch Petersen § 114 Nr. 2, Seuffert Anm. 1f., Gaupp I S. 337, A. Förster Anm. 1c. A. M. Hellmann I S. 374.)

3) Die der armen Partei gestundeten Kosten können, wenn der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist, nach § 114 nicht eingezogen werden. Nach § 86 d. GKG. haftet jedoch der Gegner der armen Partei, welcher die Kosten des Verfahrens durch eine vor Gericht abgegebene oder demselben mitgetheilte Erklärung übernommen hat, für dieselben vollständig und nach § 88 das. im Falle einer Uebereinkunft über die schon entstandenen Gebühren und Auslagen für dieselben wenigstens zur Hälfte (vgl. auch OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 37 Nr. 340). Die (von der RTK. hinzugefügte) Bedingung der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung ist hier nicht (wie Sarwey I S. 200 annimmt) stets unerreichbar, sondern im Gegentheil bei einer „armen" Partei stets als erfüllt anzusehen, da ihr gegenüber eine Zwangsvollstreckung unzulässig ist. (Zustimmend A. Förster a. a. O. A. M. Gaupp I S. 336, welcher auch hier den Versuch einer Zwangsvollstreckung für zulässig und erforderlich erachtet.)

4) Wegen des Falles der Verurtheilung der armen Partei s. § 116 Abs. 2.

5) Wie rückständige Gerichtskosten beizutreiben sind, hat das GKG., abgesehen von § 99, nicht bestimmt; es entscheiden also die Landesgesetze, z. B. Preuß. AG. z. GKG. § 29 (Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 367, Erg.-Heft S. 85).

§ 115.

1) Abs. 1: Die Bestimmung, daß die genannten Organe im Falle des § 107 Nr. 3 (ausnahmsweise — s. § 87 Anm. 2) ohne Zession zur Beitreibung berechtigt sind, dient zur Sicherung jener Personen. Sie stammt aus dem franz. Recht (sog. Distraktion der Kosten) und ist in viele neueren Gesetze (z. B. Hann. PO. § 64 Abs. 2) übergegangen. Zur Einziehung bedarf es nicht der Klage im Gerichtsstande des § 34, sondern dieselbe erfolgt (nach dem Vorbilde der Hann. PO. § 64) nach Maßgabe der §§ 98—100, 702 Nr. 3 kraft eigenen Rechts (s. auch Hellmann I S. 151, Petersen § 115 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 3); der Gerichtsvollzieher oder Rechtsanwalt darf daher auch in eigenem Namen die Beschwerde nach § 99 Abs. 3 erheben (s. RG. IX S. 389. A. M. Puchelt I S. 363). Die Verurtheilung muß eine rechtskräftige sein. Beim Unvermögen des Gegners erhält der Gerichtsvollzieher seine Auslagen aus der Staatskasse ersetzt (GO. f. GV. § 21).

2) Abs. 2: Diese Einschränkung des Abs. 1 war nöthig, um die Benachtheiligung der im Abs. 1 bezeichneten Personen zu verhüten (s. Anm. 3). Von „Aufrechnung" (Kompensation) kann hier häufig nur uneigentlich die Rede sein; soweit ein Erstattungsanspruch des Gegners begründet ist, ist der Anspruch aus Abs. 1 an den Letzteren überhaupt nicht vorhanden

§ 116. Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurtheilt ist.

N. Entw. § 181. Entw. I. § 110. Entw. II. § 112. Entw. III. § 112. Mot. S. 126. Prot. S. 42, 524.

§ 117. Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Ent-

---

(vgl. § 108). Ueberhaupt beschränkt sich Abs. 2 auf eigentliche Einreden, und zwar, dem inneren Grunde nach, trotz der allgemeinen Fassung auf solche, welche dem Gegner gegen die arme Partei zustehen würden. An Einreden aus dem Verhältniß der Letzteren zu dem Gerichtsvollzieher oder Rechtsanwalt ist hier nicht gedacht. Soweit ein Anspruch an die arme Partei nicht mehr besteht, kann derselbe auch gegen den Prozeßgegner nicht geltend gemacht werden. (Vgl. auch Petersen § 115 Nr. 2, Puchelt I S. 363. A. M. Gaupp I S. 338, Wilm. Levy Anm. 2.)

3) Die Beitreibung erfolgt erst, sobald das Urtheil rechtskräftig ist. Aber auch schon vorher, sobald er in die Prozeßkosten verurtheilt ist, darf der Gegner nicht mehr mit der armen Partei über den Ersatz zum Nachtheil der in Abs. 1 gedachten Personen paziszieren (vgl. Petersen a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 1).

§ 116.

1) Abs. 1: Die Vorschrift bildet, wie die Mot. bemerken, lediglich eine Ergänzung des § 107 (s. auch Renaud S. 758, 759, Endemann, Lehrb. S. 187). Wie in dem Falle, wenn der Arme später zu Vermögen gelangt, so ist sie selbstverständlich auch in dem Falle anwendbar, wenn dem Gericht nachträglich bekannt wird, daß die Armuth nicht vorhanden gewesen ist (N. E. § 181), vorausgesetzt, daß sie es auch jetzt nicht ist. Ist die Partei nur zur ratenweisen Nachzahlung im Stande, so ist sie noch „arm“ im Sinne des § 106 (RG. XII S. 416). Eine vorgängige Entziehung des Armenrechts (§ 112) ist nicht erforderlich; der Beschluß auf Nachzahlung (§ 117) kann selbst nach Beendigung des Rechtsstreits gefaßt werden. Er kommt allen nach § 107 Nr. 1—3 Betheiligten zu Statten. Ob die arme Partei in die Kosten verurtheilt ist, kommt hier (anders als in Abs. 2) nicht in Betracht. Der Prozeß kann auch in der in § 114 Abs. 2 gedachten Weise beendigt oder der in die Kosten verurtheilte Gegner frustra excussus sein.

2) Abs. 2: Der Zusatz, parallel dem § 114 Abs. 2, ist von der RTK. in zweiter Lesung auf Antrag des Regierungsvertreters zur Vermeidung von Zweifeln aufgenommen. In diesem Falle ist der Gegner überhaupt nicht mehr zur Zahlung der Gerichtskosten (um welche es sich nach § 111 hier allein handelt) verpflichtet (GKG. § 86).

3) Das Gericht entscheidet (auf Antrag eines Betheiligten oder von Amtswegen) nach freier Ueberzeugung. Welches Gericht zuständig sei, ist nicht bestimmt. Während der Anhängigkeit des Prozesses gilt dasselbe wie hinsichtlich der Entziehung (§ 112 Anm. 1). [So auch Wilm.-Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 4, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Gaupp I S. 339, welcher sich für das Gericht erklärt, welches über die Bewilligung zuletzt erkannt hatte, sowie Hellmann, Lehrb. S. 222, nach welchem das Gericht entscheiden soll, von welchem die Befreiung ausgegangen ist, mithin jede Instanz für sich; vgl. auch N. E. §§ 177 u. 182.] Ist der Prozeß bereits beendigt, so hat allein das Gericht erster Instanz zu entscheiden (RG. XII S. 416, Endemann I S. 431, 432, Petersen § 116 Anm., Seuffert a. a. O. u. A. A. M. Gaupp I S. 339).

§ 117.

Nur die Bewilligung des Armenrechts setzt ein Gesuch voraus (§ 109). Rücksichtlich der beiden anderen Fälle (sonstige Fälle, in welchen das Gericht bezüglich des Armenrechts zu

ziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

N. Entw. § 182. Entw. I. § 111. Entw. II. § 113. Entw. III § 113. Mot. — Prot S. 42.

§ 118. Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 183, 185 Nr. 10. Entw. I. § 112. Entw. II. § 114. Entw. III. § 114. Mot. S. 126. Prot. S. 42.

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 119. Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

N. Entw. § 303. Entw. I. § 113. Entw. II. § 115. Entw. III. § 115. Mot. S. 11–22, 128. Prot. S 42.

---

entscheiden hätte, giebt es nicht) s. §§ 112 Anm. 1, 116 Anm. 3. Ob der Gegner des Armen zu hören, hängt von der Lage der Sache ab; in der Regel wird kein Grund dazu vorliegen. Er hat daher auch kein Beschwerderecht (vgl. § 118).

— „kann — entschieden werden" — vgl. § 119 Anm. 4b. Wegen der Ladung s. § 124 Anm. 4. Ueber Verkündung und Zustellung des Beschlusses s. § 294.

Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 2). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 118.

1) „Beschluß" — vgl. § 294 Anm. 1. Diesen Charakter behält die Entscheidung auch dann, wenn sie unkorrekter Weise mit dem Urtheil in der Sache selbst verbunden wird; die „arme" Partei würde sonst unter Umständen jedes Rechtsmittels beraubt werden (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. A. M. Ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 260).

— „kein Rechtsmittel" — Denn der Gegner hat nach §§ 108, 115 kein Interesse an der Versagung des Armenrechts (Mot.). Wegen der Beschwerde des beigeordneten Rechtsanwalts s. § 107 Anm. 4.

2) Daß dem Armen, und zwar, abgesehen von GKG. § 4, nur diesem trotz § 111 (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1135, Petersen § 118 Nr. 2, Seuffert Anm. u. A. A. M.: Gaupp I S. 342, Endemann I S. 433), in den übrigen Fällen die Beschwerde gestattet ist, entspricht der materiellen Bedeutung dieser Beschlüsse.

Dritter Abschnitt.

1) Der unter den „allgemeinen Bestimmungen" (Buch 1) stehende dritte Abschnitt giebt die allgemeinen, auf alle Theile und Arten des Verfahrens einschließlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens anwendbaren Grundsätze über die formelle Prozedur, während Buch 2 bis 10 die besonderen Vorschriften über das Verfahren in den einzelnen Instanzen vor den verschiedenen Gerichten und bei den einzelnen Prozeßarten enthalten.

Ueber die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Verfahren vgl. § 569 Anm. 1 und d. allg. Bem. z. GVG. Zehnter Titel.

2) Ein von diesen allgemeinen sowie von den besonderen Vorschriften der folgenden Bücher abweichender, auf Vereinbarung der Parteien beruhender sog. Konventionalprozeß ist nach dem Grundsatze der L. 38 D. de pactis (2, 14) „jus publicum privatorum pactis mutari non

potest", [s. auch L. 45 § 1 D. de reg. jur. (50, 17), L. 7 § 16 de pactis] nicht statthaft (hinsichtlich des schiedsrichterlichen Verfahrens vgl. jedoch § 860 Abs. 2). [Vgl. z. B. RG. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 117.] Aber es giebt doch auch im Bereich des Civilprozesses zahlreiche Rechtsregeln, welche der Normirung durch die Betheiligten einen weiten Spielraum lassen („dispositives Civilprozeßrecht"). [Ueber diesen gerade hier besonders scharf hervortretenden Gegensatz vgl. Bülow im civ. Arch. 64 S. 1 ff., besonders S. 69 ff., 93 ff.; s. auch Hellmann, Lehrb. S. 5 ff., RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 233.] Bei der Anwendung der CPO. ist stets zu prüfen, ob es sich um eine solche oder um eine Vorschrift absoluten Charakters handelt. Auf Vorschriften der ersteren Art beziehen sich die allgemeinen Bestimmungen in § 247 Abs. 3, § 267. Ausdrücklich lassen eine Vereinbarung zu die §§ 38—40, 202 Abs. 1, 205 Abs. 1, 228 Abs. 1, 235 Abs. 2 Nr. 3, 241, 243 Abs. 1, 369 Abs. 4, 415. Ueber „Beweisverträge" s. §§ 259 Anm. 5, 260 Anm. 8 und Bülow a. a. O. S. 62 ff. In Betreff der sog. Verhandlungsmaxime s. § 130 Anm. 2 u. Bülow a. a. O. S. 23 Anm. 16; hinsichtlich des gegensätzlichen „Offizialverfahrens" vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 155 ff., 375 ff. Die zahlreichen Vorschriften, welche dem Richter an Stelle des „Formzwangs" ein gewisses Ermessen gestatten, z. B. bei der Terminsbestimmung, der Verbindung und Trennung verschiedener Ansprüche 2c., führt Cosack (in Juristische Abh., Festgabe für G. Beseler, Berlin 1885, S. 95 ff.) auf eine „Elastizitäts-Maxime" zurück.

Erster Titel.

Der die allgemeinen Grundsätze über die „mündliche Verhandlung" umfassende erste Titel stellt in § 119 das Prinzip der Mündlichkeit auf (vgl. § 119 Anm. 1), handelt in den §§ 120—26 von der Vorbereitung für die mündliche Verhandlung, giebt in den §§ 127 bis 144 die grundlegenden Bestimmungen über die mündliche Verhandlung selbst und schließt in den §§ 145—151 mit den Vorschriften über die Protokollirung der Verhandlungen.

§ 119.

1) Der § 119 enthält einen Fundamentalsatz der CPO., indem er den Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung ausspricht, welche gleichzeitig die Unmittelbarkeit derselben bedingt. (Insofern fehlt es an einem praktischen Unterschied beider; einen solchen behauptet v. Canstein: Grundlagen S. 76, 94 ff., wo sich umfassende Literaturangaben finden.) Dieser Grundsatz bildet, wenn auch nicht das letzte Ziel, doch das wichtigste Mittel der großen Reformbewegung, welche in der CPO. ihren Abschluß findet. [Vgl. Einl. II ff.; Leonhardt im Magazin für Hann. Recht N. F. I S. 25 ff.; derselbe: Zur Reform des Civilprozesses I S. 56 ff.; Verh. d. 9. D. Juristentags II S. 4 ff., 148 ff., 221 ff., III S. 247 ff.; s. auch H. Meyer in Gruchot Beitr. XXVIII S. 707 ff., Wach, Vortr. S. 1 ff., Hellmann, Lehrb. S. 199 ff. Gegen die Mündlichkeit wendet sich Sonnenschmidt in Busch, Zeitschr. II S. 208 ff., gegen ihn Vierhaus das. S. 375 ff., gegen Beide wieder v. Kräwel das. III S. 452 ff., IV S. 246 ff. Großentheils ungerechtfertigte oder doch zu scharfe Angriffe auf das Mündlichkeitsprinzip der CPO. im Gegensatz zum schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung enthält die zuerst in d. Jahrb. f. d. Dogmatik XXIII S. 339 ff. erschienene Schrift von O. Bähr: Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung. Jena 1885. Gegen ihn vgl. Francke in Busch, Zeitschr. IX S. 508 ff., Wach: Die Reichscivilprozeßordnung und die Praxis. Festprogramm. Leipzig 1886, und Henrici: Das deutsche Reichsgericht, in d. Jahrb. f. d. Dogmatik XXIV S. 3 Anm. 1.] Der Grundsatz des § 119 ist in der CPO. nicht blos im Gegensatz zum preußischen Prozesse, sondern auch in erheblicher Abweichung von dem System des rheinisch-französischen Prozesses mit großer Konsequenz durchgeführt. Die Mot. äußern hierüber (S. 15, 16):

> „Die schriftlichen Parteianträge, welche der mündlichen Verhandlung vorausgehen und nach dem Gesetze den Charakter motivirter Konklusionen an sich tragen, verfolgen den Zweck, die bevorstehende mündliche Verhandlung vorzubereiten, einen geordneten Verlauf derselben und deren vollständige Durchführung zu befördern; dagegen wirken sie sachlich in einer den Inhalt der mündlichen Verhandlung bestimmenden Weise

nicht ein. Die Parteien treten vor ein unbefangenes Gericht; dieses erfährt nicht durch ein Referat, wie der Rechtsstreit in bestimmten und feststehenden Grenzen sich entwickelt hat, sieht vielmehr vor Augen, wie der Rechtsstreit sich entwickelt und seine Grenzen erhält. — Aus dem Verhältnisse der Schriftsätze, welche der mündlichen Verhandlung voraufgehen, zu dieser selbst, folgt, wenigstens als Regel, zweierlei: zuerst, daß das Gericht Alles zu berücksichtigen hat, was ihm mündlich vorgetragen wird, wenngleich es in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht angeführt worden ist; zweitens aber umgekehrt, daß das Gericht ein thatsächliches Vorbringen, welches in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, den Gegenstand der mündlichen Verhandlung aber nicht gebildet hat, nicht berücksichtigen darf. In dieser zweiten Folge liegt für eine jede Partei ein sehr entschiedener sachlicher Zwang, den Rechtsstreit, und zwar vollständig, mündlich zu verhandeln."

Von der zweiten dieser in den Mot. hervorgehobenen Folgen hat das Gesetz eine Ausnahme nicht gestattet, weder in der Art des rheinischen Verfahrens, wonach dasjenige, was in den bei Gericht hinterlegten motivirten Konklusionen enthalten ist, auch dann als vorgebracht gilt, wenn es in der mündlichen Verhandlung nicht wiederholt ist, noch in der Art, daß ein vom Gericht einseitig und ohne die Möglichkeit eines von den Parteien zu beantragenden Berichtigungsverfahrens festgestelltes Sachverhältniß die Grundlage einer späteren gerichtlichen Entscheidung bilden kann (vgl. § 291). Dagegen ist von der ersten jener Folgen eine Ausnahme insofern zugelassen, als eine Abänderung der Anträge (petita), möge dieselbe in einer Stellung neuer oder in einer Veränderung der bereits gestellten Anträge bestehen, in der mündlichen Verhandlung nicht berücksichtigt werden soll, wenn sie nicht nachträglich zum Sitzungsprotokoll festgestellt wird (§ 269; vgl. auch §§ 37 Anm. 1, 130 Anm. 1).

2) Der Grundsatz der Mündlichkeit schließt aber keineswegs den Gebrauch der Schrift aus. Erhebliche schriftliche Elemente enthält der Prozeß vielmehr in dem über die mündliche Verhandlung selbst aufzunehmenden Protokolle (§§ 145 ff.) und in dem Thatbestande (§§ 284 ff.). Außerdem kann bzw. soll der mündlichen Verhandlung ein Schriftwechsel unter den Parteien vorausgehen. Derselbe hat jedoch nur die Bedeutung, die mündliche Verhandlung vorzubereiten (vgl. d. Mot. in Anm. 1).

Nur eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatze der Mündlichkeit ist es, wenn einzelne Schriftsätze neben ihrer allgemeinen Bedeutung für eine bestimmte mündliche Verhandlung noch eine besondere wesentliche Bedeutung für die durch ihre Zustellung erfolgende Einleitung oder Erneuerung einer Instanz haben, wie z. B. Klageschriften, Einspruchsschriften, Berufungsschriften, Revisionsschriften (§§ 230, 235, 305, 479, 515 u. s. w.), ferner auch die eine Nebenintervention oder Streitverkündung enthaltenden Schriften (§§ 67, 69), Berichtigungs- und Ergänzungsanträge (§§ 291, 292) u. s. w. Diese Schriftsätze haben eine doppelte Natur; sie sind theils bestimmend, theils vorbereitend. Diese Doppelnatur hat das Gesetz in den betreffenden Vorschriften in der Art hervortreten lassen, daß hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile des Schriftsatzes das imperative „muß", hinsichtlich der unwesentlichen Bestandtheile aber das instruktionelle „soll" gebraucht wird (vgl. Mot. S. 22). [P. Alexander — Katz: Schriftsätze und Anwaltszwang, Erlangen 1883, S. 5 ff. scheidet danach Schriftsätze, welche als Prozeßvoraussetzung dienen, von nur vorbereitenden Schriftsätzen. Eine dritte Kategorie sollen dann die sein, von deren Inhalt nicht abgewichen werden darf (als „Grundlage" des Verfahrens) z. B. die Klageschrift. Diese Terminologie ist aber in vielen Beziehungen bedenklich. Wach I S. 297 ff. sucht auszuführen, daß der obige Sprachgebrauch weder einheitlich sei, noch das „sollen" stets den „instruktionellen" Sinn habe.]

3) Eine als selbstverständlich nicht ausdrücklich hervorgehobene Konsequenz des Grundsatzes der Mündlichkeit ist die, daß die mündliche Verhandlung die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung bildet (R. E. § 303), sowie ferner, daß, wenn im Laufe einer mündlichen Verhandlung ein Wechsel im Richterpersonal eintritt, oder wenn ein Richter erklärt, daß ein für die Beurtheilung des Rechtsstreits wesentlicher Theil der Verhandlung seiner Er-

innerung entschwunden sei, die mündliche Verhandlung von Neuem beginnen muß (s. § 280 u. Mot. S. 21), also eine „Fortsetzung der Verhandlung" (§§ 90, 127 Abs. 3, 206, 297, 335 Abs. 2) nicht stattfinden kann (vgl. § 90 Anm. 2, H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 709 ff.). Von jenem Grundsatze gelten auch keine Ausnahmen in den Fällen mündlicher Verhandlung nach einer Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter (vgl. § 258 Anm. 1) und in der Berufungsinstanz (vgl. §§ 487 Anm. 2, 488 Anm. 1), wohl aber nach dem vorbereitenden Verfahren (vgl. § 318 Anm. 1).

4) Der Grundsatz der Mündlichkeit, so scharf er seiner inneren Bedeutung nach im Gesetze auch durchgeführt wird, beherrscht dem äußeren Umfange nach nicht das ganze Prozeßverfahren. In dieser Beziehung zieht, wie auch die Mot. hervorheben, der § 119 zwei Schranken:

a) Der Grundsatz findet nur Anwendung auf die Prozeßparteien. Ausgeschlossen sind damit Zwischenstreitigkeiten (Inzidentstreitpunkte), welche im Laufe des Prozesses zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, z. B. dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei, andererseits entstehen. Soll der Grundsatz der Mündlichkeit ausnahmsweise auch für derartige Zwischenstreitigkeiten gelten, so ist besonders hervorgehoben, daß sie nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien (vgl. z. B. §§ 68, 126 Abs. 2). Auf Zwischenstreitigkeiten zwischen den Parteien selbst (vgl. § 275 Anm. 1b) findet dagegen der Grundsatz regelmäßig Anwendung (vgl. z. B. §§ 217 Abs. 4, 291, 292, 653, 654, 660 usw. Ausnahmen: §§ 802, 806, 816). [Vgl. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 90 Anm. 2, Seuffert Anm. 5.]

Ebenso ist die Beweisaufnahme als solche, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer anderen Person vollzieht, keine Parteienverhandlung, wenngleich sie von einer solchen begleitet sein kann, und unterliegt daher nicht mit Nothwendigkeit dem Grundsatze der Mündlichkeit (vgl. §§ 320, 332 Abs. 1, 346, 376; s. auch Bolgiano S. 72, 73.)

b) Der Grundsatz gilt nur für die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, d. h. für dasjenige Verfahren, welches sich als eigentliche Verhandlung von dem zur Urtheilsfällung berufenen Gerichte charakterisirt. Ausgeschlossen sind damit alle Prozeßakte, welche zwar zwischen den Parteien, aber nicht vor dem Gerichte, sondern vor dem Gerichtsschreiber oder dem Zustellungsbeamten vor sich gehen, desgleichen alle diejenigen, in welchen zwar das Gericht thätig wird, aber mehr administrativ, als prozessualisch, wie solches namentlich in der Zwangsvollstreckungsinstanz häufig vorkommt (vgl. §§ 684, 758 ff., 776), ferner alle Handlungen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, vor dem Vorsitzenden (§§ 193, 204), endlich diejenigen, in welchen eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann, wie z. B. bei der Bestimmung des rechten Richters (§ 37), bei der Ablehnung eines Richters (§§ 44 ff.), Bewilligung des Armenrechts (§ 117), bei Abkürzung oder Verlängerung von Fristen, Aussetzung des Verfahrens, Sicherung des Beweises, Beschwerden, Arresten und einstweiligen Verfügungen (vgl. §§ 203, 225, 451, 536, 801, 816, 824).

In Fällen der letzteren Art kann übrigens eine mündliche Verhandlung (sog. fakultative mündliche Verhandlung — vgl. Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 730 ff., Fischer das. XXV S. 643 ff., Hellmann, Lehrb. S. 659 ff.), stattfinden; es ist nicht ausgeschlossen, „daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falls entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittels eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist." (Mot.) Der technische Ausdruck dafür in der CPO. ist: „Die Entscheidung (über das Gesuch, den Antrag usw.) kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen." [Nicht zu verwechseln mit

„ohne vorgängiges Gehör des Gegners" (vgl. z. B. §§ 97, 203 Anm. 1, 204, 776), welches auch schriftlich erfolgen kann — Grundsatz des wechselseitigen Gehörs oder der Zweiseitigkeit (Bolgiano S. 37, Fitting S. 89, Hellmann, Lehrb. S. 287). Vgl. auch § 536 Anm. 1.] Jener Ausdruck ist bezeichnender als der im R. E. gebrauchte: „Entscheidung in berathender Sitzung".

Ordnet in derartigen Fällen das Gericht eine mündliche Verhandlung an, so hat es nach § 294 Abs. 3 von Amtswegen den Parteien den Beschluß bekannt zu machen. In Betreff der Terminsbestimmung und Ladung ist eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen nicht vorgeschrieben. Es gilt also auch hier der Parteibetrieb (s. § 124 Anm. 4, §§ 191 ff.). Ladet die Partei ohne vorgängigen Beschluß des Gerichts nach § 191 zu einer mündlichen Verhandlung (vgl. § 191 Anm. 2), so muß zwar der Vorsitzende einen Termin anberaumen (vgl. § 193 Anm. 3, Fortenbach in Busch, Zeitschr. VIII S. 153 ff. A. M. Seuffert Anm. 6e, S. 152, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIX S. 18, 19); das Gericht kann aber trotzdem beschließen, daß der betreffende Punkt ohne mündliche Verhandlung entschieden werden solle, und den Antragsteller in die durch die Ladung verursachten Mehrkosten verurtheilen. (So auch Fortenbach a. a. O. S. 158 ff.)

Im Uebrigen finden auf die fakultative mündliche Verhandlung, die doch im Gesetze, wie aus dem Gegensatze „kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" sich ergiebt, als mündliche Verhandlung angesehen wird, dieselben Grundsätze Anwendung wie auf die obligatorische (s. auch Fischer a. a. O. S. 651 ff., A. Förster Anm. 3d. A. M. theilweise Wilm. Levy a. a. O. S. 176, Seuffert Anm. 6, S. 150 ff., Wach, Vortr. S. 119, 120, Hoffmann a. a. O. S. 730 ff. u. Hellmann, Lehrb. S. 662 ff., welche jener nur die Bedeutung eines vom Gerichte für zweckmäßig erachteten Informationsmittels beilegen und daher auch die Berücksichtigung des nicht mündlich vorgebrachten Aktenmaterials gestatten); insbesondere die Vorschriften der §§ 120—151 u. des GVG. §§ 177 ff. (so auch Seuffert a. a. O.) und die Bestimmung über die Ladungsfrist (§ 194), da eine Ausnahme im Gesetze nirgends gemacht ist und, wenn einmal die mündliche Verhandlung ausnahmsweise für nothwendig erachtet wird, auch dem Gegner die nöthige Zeit zur Vorbereitung gelassen werden muß (A. M. in letzterer Hinsicht Hoffmann a. a. O. S. 711 u. Wilm. Levy a. a. O.; s. dagegen Fischer a. a. O. S. 683 Anm. 48). Ebenso bringt es der Begriff der mündlichen Verhandlung mit sich, daß für diese im landgerichtlichen Verfahren auch der Anwaltszwang besteht und mithin eine Partei selbst in dem anberaumten Termine nicht gehört werden darf, keinesfalls aber solches Gehör beanspruchen kann. (So auch Seuffert Anm. 6, S. 152 i. A., Hellmann a. a. O. S. 663. A. M. bezüglich der letzteren Schlußfolgerung Hoffmann a. a. O. S. 741 ff.). Dagegen ist es allerdings zuläßig, daß das Gericht von dem (prozeßleitenden) Beschlusse, durch welchen die mündliche Verhandlung anberaumt ist, nachträglich wieder abgeht (vgl. § 289 Anm. 1) und die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung, jedoch nach Anhörung der einen oder anderen Partei in Person, trifft (s. auch Hoffmann a. a. O. S. 744). Ein eigentliches Beweisfahren, insbesondere das Beweismittel des Eides ist nicht [wie Hellmann a. a. O. S. 664 in Konsequenz seiner unrichtigen Ansicht, daß auf eine fakultative mündliche Verhandlung niemals ein Urtheil ergehen kann (vgl. § 312 Anm. 4), annimmt] allgemein, sondern nur je nach der Beschaffenheit der einzelnen Anwendungsfälle ausgeschlossen.

Wegen der Form der Entscheidungen s. § 294 Anm. 1; über die Möglichkeit eines Versäumnißurtheils s. § 312 Anm. 4.

Ein vollständiges Verzeichniß der Fälle s. bei Seuffert Anm. 6, Hellmann I S. 390 ff., Wilm. Levy S. 175, Hoffmann a. a. O. S. 730 ff.; vgl. auch v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 128 ff.

5) Dagegen wird das Versäumnißverfahren (§§ 295 ff.) von dem Grundsatze der Mündlichkeit beherrscht; denn, wenngleich die Verhandlung in demselben nur eine einseitige ist, so sollte doch nach der Absicht des Gesetzes in diesen Fällen eine zweiseitige und gleichzeitige Verhandlung stattfinden; die Einseitigkeit ist blos durch den Willen der Partei hervorgerufen worden, welche ausgeblieben ist.

§ 120. In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

N. Entw. §§ 188, 664. Entw. I. § 113. Entw. II. § 116. Entw. III. § 116. Mot. S. 128, 129. Prot. S. 42.

Die Mot. (S. 20, 21) fassen das Ergebniß treffend dahin zusammen:

„Demgemäß bleibt als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach der Intention des Gesetzgebers gleichzeitig sein sollen (Versäumnißverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Parteien sich charakterisirt, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit.

Spricht der Gesetzgeber diesen Gedanken in dem Gesetze als einen allgemeinen aus, so werden die einzelnen Anordnungen im Sinne desselben auszulegen sein. Hiervon wird auch der Gesetzgeber ausgehen müssen, wenngleich es sich empfehlen wird, in Fällen, wo es zweifelhaft sein kann, ob ein Verfahren als ein gleichzeitiges vom Gesetzgeber gedacht sei, ausdrücklich auszusprechen, daß die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erlassen sei."

Vgl. auch RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 3 S. 6.

6) Dem in H. E. § 132 und N. E. § 304 ausgesprochenen Satze, daß alle Prozeßhandlungen, welche eine Partei während der mündlichen Verhandlung bis zum Schlusse derselben vornimmt, als ein Ganzes anzusehen sind, hat die CPO. keinen besonderen Ausdruck gegeben. Die Mot. (S. 25) äußern sich, nachdem sie entwickelt haben, daß, während der schriftliche Prozeß sich in fest bestimmten Stadien (Klage, Vernehmlassung, Replik u. s. w.) bewege, eine bestimmte mündliche Verhandlung — abgesehen von dem richterlichen Trennungsrecht — nicht in Stadien zerlegt, noch für diese eine feste Reihenfolge festgesetzt werden könne, hierüber folgendermaßen:

„Es liegt jedoch ein Bedürfniß nicht vor, einen solchen doktrinären Satz dem Gesetze einzuverleiben, weil die Konstruktion des Verfahrens ihn ergeben muß. Auch kommt hinzu, daß der Satz in seiner Allgemeinheit insofern Mißverständnissen ausgesetzt ist, als er dahin verstanden werden kann und verstanden worden ist, daß auch Dispositionsakte, gerichtliche Geständnisse, sowie die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide im weiteren Verlaufe einer bestimmten Verhandlung zurückgezogen werden könnten. — Der Gedanke kann auch in folgender Weise ausgedrückt werden und zwar korrekter. — —: Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen der einen oder anderen Schwierigkeit, insbesondere wegen eines hervorgetretenen Bedürfnisses der Aufklärung durch Aufnahme von Beweisen nicht durchgeführt werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar voraufgeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die entscheidende dar."

Vgl. § 258 Anm. 1. Hieraus ergiebt sich folgerichtig die Abschaffung der Eventualmaxime (§§ 251—258 Anm. 2), das System der Beweisverbindung (das. Anm. 3) und die weittragende Wirkung des Versäumnißurtheils (§ 297 Anm. 1—3). (Vgl. Hellmann, Lehrb. S. 352 ff.) Andrerseits fehlt es nicht an Mitteln, der in Folge dessen wegen Häufung des Prozeßstoffs drohenden Verwirrung entgegenzuwirken (vgl. §§ 120 Anm. 2, 136, 137 Anm. 1, 251 Anm. 4, 252 Anm. 1, 256 Anm. 4, 273, 274, 339, 367, 398).

§ 120.

1) Die §§ 120—126 enthalten allgemeine Bestimmungen über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, insbesondere durch vorbereitende Schriftsätze. (Vgl. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 584 ff. und Vortr. S. 11 ff., Fitting, Vortr. S. 44 ff., P. Alexander-Katz: Schriftsätze und Anwaltszwang.)

Ueber das Verhältniß der vorbereitenden Schriftsätze zu der mündlichen Verhandlung vgl. § 119 Anm. 1, 2.

§ 121. Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:
1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2. die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4. die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;

---

2) In Anwaltsprozessen, d. h. in allen Prozessen vor Kollegialgerichten (§ 74), ist die Vorbereitung durch Schriftsätze, und zwar insoweit, als überhaupt eine mündliche Verhandlung stattfindet (vgl. § 119 Anm. 4), obligatorisch. Die Nichtmittheilung eines Schriftsatzes hat jedoch niemals sachliche Nachtheile zur Folge, also namentlich nicht den Eintritt des Versäumnißverfahrens; vielmehr kann nur, insbesondere wenn der Gegner in Folge der Nichtmittheilung außer Stande ist, sich auf das bei der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte zu erklären, nach § 90 eine Verurtheilung des Säumigen in die Kosten der nothwendig werdenden Vertagung eintreten und nach GKG. § 48 die besondere Erhebung einer Gebühr (von $^2/_{10}$ bis zum vollen Betrage des § 8) für die verursachte weitere Verhandlung beschlossen werden (eine Art Prozeßstrafe — vgl Wach, Vortr. S. 13, Fitting S. 124, Sarwey I S. 381, OLG. Stuttgart in Busch, Zeitschr. VIII S. 512 ff.). Vgl. § 90 Anm. 1 u. 2.

3) In anderen, d. h. amtsgerichtlichen, Prozessen ist der Wechsel vorbereitender Schriftsätze ganz von dem Belieben der Parteien abhängig. Die Nichtmittheilung kann mithin auch dann einer Partei nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn in Folge dessen der Gegner nicht im Stande ist, auf ihr mündliches Vorbringen eine Erklärung abzugeben, und deshalb eine Vertagung erfolgen muß. (Ebenso: Wilm. Levy Anm. 3, Petersen § 120 Nr. 2, A. Förster Anm. 3. A. M. Endemann I S. 453, 454.) Andrerseits können aber auch, da das Gesetz nicht, wie R. E. § 664, die Zustellung vorbereitender Schriftsätze im amtsgerichtlichen Verfahren für unstatthaft erklärt, die durch diese Schriftsätze verursachten Kosten nicht unbedingt für überflüssige, vom Gegner im Falle des Unterliegens niemals zu ersetzende angesehen werden; vielmehr wird das Gericht in Gemäßheit der allgemeinen in § 87 gegebenen Vorschrift nach freiem Ermessen zu beurtheilen haben, ob dieselben zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren. Dies bezieht sich auch auf die Gebühren des Rechtsanwalts (GO. f. RA. § 46), da der Abs. 2 des § 87 nur von Gebühren für Schriftsätze zu verstehen ist, welche nach Abs. 1 überhaupt für nothwendig zu erachten sind. (So auch Seuffert Anm. 2 u. 3, Gaupp I S. 353, A. Förster a. a. O., H. Meyer: Wie liquidirt man die Prozeßkosten gegen den Gegner? S. 16. A. M.: Hellmann I S. 401 Anm. 3, Wilm. Levy a. a. O. u. § 87 Anm. 5, Petersen a. a. O.)

§ 121.

1) Der Ausdruck „sollen“ zeigt an (vgl. § 119 Anm. 2), daß die hier gegebenen Vorschriften nur instruktionell sind; sie sollen bewirken, daß die Parteien gehörig vorbereitet in die mündliche Verhandlung eintreten, und sollen dadurch einen raschen und geordneten Verlauf der letzteren sichern, zugleich auch in Verbindung mit der Vorschrift, daß eine Abschrift auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts vor dem Verhandlungstermine niederzulegen ist (§ 124), eine sachgemäße Leitung des Verfahrens ermöglichen.

2) Diesem Zwecke entsprechend sollen die Schriftsätze auf die Angabe der nothwendigen Formalien und die Mittheilung des wesentlichen Sachverhalts sich beschränken und nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten.

„Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt, wenn in dieselben Alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden

5. die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;
6. in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

N. Entw. §§ 184, 186, 189. Entw. I. § 114. Entw. II. § 117. Entw. III. § 117. Mot. S. 19, 22, 129, 130. Prot. S. 42, 43.

---

kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt, oder wenn dieselben mit Rechtsausführungen belastet würden" (Mot. S. 129).

Eine kurze Andeutung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte (N. E. § 189 Nr. 1) widerspricht hiernach nicht dem Geiste des Gesetzes und kann unter Umständen sogar zweckmäßig, in den höheren Instanzen selbst nothwendig sein. (Vgl. auch Petersen § 121 Nr. 4, Sarwey I S. 211 u. A. A. M. Siebenhaar S. 173.)

[Nicht zu billigen ist die Ansicht Siebenhaar's S. 172, daß sich der § 121 nur auf den Anwaltsprozeß beziehe; das Gegentheil ergiebt sich schon per argumentum e contrario aus Nr. 6. Denn, wenngleich im Parteiprozesse die Einreichung der vorbereitenden Schriftsätze und also auch die Form derselben (vgl. § 463) vom Ermessen der Parteien abhängt, so müssen sie doch, um zweckentsprechend zu sein, regelmäßig den in § 121 angegebenen Inhalt haben. Auch auf die Kostenerstattungspflicht des Gegners wird dies von wesentlichem Einfluß sein (vgl. § 120 Anm. 3). (Ebenso Petersen § 121 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.)]

3) Nr. 1: Außer der Firma sind danach bei Aktiengesellschaften auch der Vorstand, bei Kommanditgesellschaften der oder die Komplementare (nicht die Kommanditisten), bei offenen Handelsgesellschaften die vertretungsberechtigten Gesellschafter (§ 59 Anm. 2) zu bezeichnen. Vgl. jedoch § 230 Anm. 3. Sind die gesetzlichen Vertreter ein Kollegium (z. B. Magistrat), so bedarf es der Benennung der einzelnen Mitglieder nicht (vgl. A. Förster Anm. 2).

Nr. 2: vgl. § 128 Anm. 1. Beispiele s. in §§ 230 Nr. 2, 240 Nr. 2.

Nr. 3: Die Bestimmung ist innerlich verwandt mit dem Erforderniß der Angabe „des Grundes des erhobenen Anspruchs" für die Klageschrift in § 230 Nr. 2 (s. das. Anm. 4). Daß letzteres wegen des bestimmenden Charakters der Klageschrift „kategorisch" („muß") vorgeschrieben ist, beweist keinen wesentlichen Unterschied. (Solchen behauptet Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 409 ff.) Vgl. oben Anm. 1. Daß das rechtliche Element bei der Angabe des Klagegrundes stärker als bei bloß vorbereitenden Schriftsätzen hervortritt (vgl. oben Anm. 2), ergiebt sich aus dem Wesen der Klage.

4) Nr. 5: Die Vorschrift ist eine Konsequenz des das Gesetz beherrschenden Grundsatzes der Beweisverbindung (vgl. §§ 251—258 Anm. 3).

5) Nr. 6: vgl. §§ 74, 75, 85, 193 Anm. 3, 230 Anm. 10; Schriftsätze der Partei, welche die Unterschrift des Anwalts nicht tragen, dürfen nach dem Grundsatze des § 74 (vgl. § 74 Anm. 1 u. 3) nicht berücksichtigt werden. (So auch Wach I S. 611, Vortr. S. 61; Wilm. Levy Anm. 6. A. M. Alexander-Katz a. a. O. S. 11, 12, 64 ff., welcher wegen des „sollen" den Anwaltszwang auf die Schriftsätze nicht ausdehnt. Nach Petersen § 121 Nr. 6 muß wenigstens feststehen, daß der Schriftsatz vom Anwalt ausgegangen bzw. genehmigt ist. Das Mittel hierzu ist aber eben die Unterschrift; der Ausdruck des Gesetzes ist nicht ganz genau.) Die Unterschrift der Partei oder des Bevollmächtigten im Partei-Prozesse ist nur instruktionell; es ist Sache des Gegners, beim Fehlen derselben die Echtheit zu bemängeln.

6) Die Bestimmung des N. E. § 190 u. des Entw. I: „Auf das im Laufe des Rechtsstreits Vorgebrachte kann in einem späteren vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen werden" ist als selbstverständlich weggelassen.

§ 122. Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

N. Entw. § 191. Entw. I. § 116. Entw. II. §. 118. Entw. III. § 118. Mot. S. 130. Prot. S. 43.

§ 123. Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

N. Entw. §§ 192. 418. Entw. I. § 117. Entw. II. § 119. Entw. III. § 119. Mot. S. 130, 131. Prot. S. 43.

„Denn der Vorbereitung durch einen Schriftsatz bedarf es nur soweit, als die bevorstehende mündliche Verhandlung noch nicht vorbereitet ist. Letzteres ist der Fall, wenn bereits ein früher mitgetheilter Schriftsatz enthält, was den Gegenstand der mündlichen Verhandlung bilden soll. Es genügt daher auch die Bezugnahme auf die Contenta eines früher mitgetheilten Schriftsatzes in dem späteren" (Mot.).

§ 122.

Diese Vorschrift steht nicht mit dem Grundsatze der Beweisverbindung (vgl. § 121 Anm. 4), sondern mit der Bestimmung des § 385 über die Antretung des Urkundenbeweises in Zusammenhang. Die Antretung des letzteren erfolgt durch Vorlegung der Urschrift der Urkunde in der mündlichen Verhandlung. Soll aber der Gegner in der mündlichen Verhandlung sich auf dieselbe erklären können, so muß er vorher von ihrem Inhalte Kenntniß haben. Deshalb schreibt § 122 die vorherige Mittheilung einer Abschrift mit den vorbereitenden Schriftsätzen vor (vgl. auch §§ 551 Abs. 2, 556). Voraussetzung ist dabei, daß die Partei in dem Schriftsatze auf die Urkunde Bezug genommen hat, und daß sich die Urkunde in ihrem Besitze befindet. Wenn in § 122 auch von einer Mittheilung der Urkunde in „Urschrift" die Rede ist, so hat dieses darin seinen Grund, daß nach § 173 dem Zustellungsbeamten zugleich die Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes zu übergeben ist und dieser Urschrift von der Partei nach ihrer Wahl die Urschrift oder eine weitere Abschrift der Urkunde soll beigefügt werden können. Die Urschrift der Urkunde erhält aber stets die Partei mit der Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes zurück (Prot. S. 43). Eine besondere Bestimmung gilt für die Vollmacht; vgl. § 76 Anm. 2, 4. Wegen der Handelsbücher s. EG. z. CPO. § 13 Anm. 5. Wegen Nichtbefolgung der Vorschrift des § 122 s. § 123 Anm. 1. Vgl. auch § 128 Anm. 2 a. E., § 385 Anm. 2.

§ 123.

1) Was in § 120 Anm. 2 über die Folgen der gänzlichen Unterlassung der Mittheilung eines vorbereitenden Schriftsatzes gesagt ist, gilt selbstverständlich ebenso, wenn die Mittheilung nicht zeitig erfolgte, oder wenn die in den §§ 122, 124, 125 zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung getroffenen Vorschriften nicht beachtet wurden. Eine auf die Vertagung der mündlichen Verhandlung bezügliche Vorschrift, wie sie N. E. § 306 enthält, ist mit Rücksicht auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 205, 206 für überflüssig erachtet worden, da selbstverständlich die Unterlassung der rechtzeitigen Mittheilung eines Schriftsatzes usw. geeignet sein kann, den

§ 124. Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

N. Entw. — Entw. I. § 118. Entw. II. § 120. Entw. III. § 120. Mot. S. 129. Prot. S. 43—47, 49, 50, 524, 525, 663.

---

für den Antrag auf Verlegung oder Vertagung eines Termins erforderlichen „erheblichen Grund" (§ 202 Abs. 2) abzugeben (Mot. S. 131).

In amtsgerichtlichen Prozessen ist selbstverständlich die Einhaltung der Fristen sowenig obligatorisch wie die Einreichung von Schriftsätzen überhaupt. (So auch Wilm. Levy Anm. 2. A. M. v. Bülow Anm. 4; vgl. § 120 Anm. 3.)

2) Die in § 123 festgesetzten Fristen sind sämmtlich Minimalfristen. Dieselben können jedoch nach § 204 abgekürzt werden. Sie haben ferner nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung nicht im Gesetze besondere Fristen bestimmt sind. Dieses ist in Betreff der wichtigsten Schriftsätze der Fall: der Klageschrift (§ 234), der Klagebeantwortung (§ 244), der Berufungsschrift (§ 481), der Beantwortung der Berufungsschrift (§ 484), der Revisionsschrift (§ 517), der Beantwortung der Revisionsschrift (§ 519), der Klage- und Klagebeantwortungsschrift bei der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 548).

3) Unter „anderes neues Vorbringen" sind namentlich neue Beweismittel zu verstehen, nicht aber bloße Rechtsausführungen. [So auch Sarwey I S. 212, Petersen § 123 Nr. 3, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 1. A. M. Endemann I S. 461; eingeschränkter Wilm. Levy Anm. 1 („nicht absolut auszuschließen"); vgl. auch Gaupp I S. 358.]

4) „Zwischenstreit" — sei es unter den Parteien oder mit Dritten (vgl. §§ 275 Anm. 1, 312 Abs. 2). Die Bestimmung des § 123 kann aber selbstverständlich nur auf solche Zwischenstreitigkeiten bezogen werden, welche überhaupt mündlich verhandelt werden. Vgl. § 119 Anm. 4a.

§ 124.

1) Die in der RTK. erst nach langen Debatten gebilligte Vorschrift, welche sich in den meisten neueren, auf dem Grundsatze der Mündlichkeit beruhenden Prozeßordnungen, nicht aber im rheinisch-französischen Verfahren findet, hat den Zweck, dem Vorsitzenden Gelegenheit zur Vorbereitung zu geben und dadurch eine gehörige Leitung der Verhandlung zu sichern. Auch die andern Richter sind von der Benutzung der Schriftsätze nicht ausgeschlossen. Ein Antrag auf obligatorische Bestellung eines Referenten neben dem Vorsitzenden ist zwar von der RTK. abgelehnt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein Referent („Berichterstatter"), sei es auf Grundlage allgemeiner, für einen einzelnen Staat ergehender reglementarischer Anordnungen oder auf Grund einer bei den einzelnen Gerichten sich bildenden Praxis oder auf Grund einer Anordnung des Vorsitzenden im einzelnen Falle, und zwar noch vor der Verhandlung, bestellt werden kann. Vgl. GVG. §§ 139 Abs. 2, 199. Eine derartige Bestellung eines Referenten ist keineswegs mit dem Mündlichkeitsprinzip unvereinbar, sofern derselbe nur nicht mit einer fest abgeschlossenen Ansicht oder gar mit einem fertigen Urtheilsentwurfe in die Verhandlung eintritt, was sehr wohl zu vermeiden ist, vielmehr seine Kenntniß der Akten lediglich benutzt, um sich auf die bei der Verhandlung voraussichtlich vorkommenden Streitfragen vorzubereiten. Eine solche Vorbereitung kann in weitläufigen und juristisch schwierigen Sachen sogar von großem Werthe sein. Die Bestellung eines Referenten, wie sie in der Hannoverschen Praxis regelmäßig geschah (vgl. Reinecke-Bödiker S. 75), bildet denn auch, besonders in den Ländern des früheren schriftlichen Verfahrens, die Regel. (Vgl. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 458 u. IV S. 249, Wengler: Der Thatbestand u. s. w. Erlangen 1884. S. 174, Seuffert Anm. 4, Gaupp I S. 359,

§ 125. Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der

---

Sarwey I S. 214, Wilm. Levy § 127 Anm. 1, A. Förster Anm. 2, besonders Bähr: Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung S. 26 ff., Wach: D. RCPO. u. d. Praxis S. 17 ff., 26 ff. u. Francke in Busch, Zeitschr. IX S. 514 ff. In anderem Sinne (bei § 127) hält Endemann I S. 467 die Bestellung eines „Referenten" für zulässig. Vgl. dagegen GVG. § 68 Anm. 1).

Im Falle der Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 124 kann das Gericht, wenn es dafür hält, daß die Niederlegung der Vorbereitung wegen erforderlich gewesen wäre, von Amtswegen auf Kosten der säumigen Partei die Verhandlung vertagen. Vgl. § 123 Anm. 1. (So auch Gaupp I S. 360, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 124 Nr. 1, Francke a. a. O. S. 513 a. E. u. A. A. M. Wach, Vortr. S. 26, A. Förster Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 294, 415 u. jetzt auch Seuffert Anm. 3, welche allerdings eine Vertagung nach § 206, aber nicht mit der Folge des § 90 bzw. § 48 d. GKG. für zulässig halten.)

Es ist selbstverständlich, daß die niedergelegten Schriftsätze zu Prozeßakten zu sammeln sind. Vgl. § 271 Anm. 1.

2) „Abschrift" — Es genügt eine einfache Abschrift im Gegensatz zu der „beglaubigten Abschrift" des § 156.

„Anlagen" — sind namentlich die dem Schriftsatze beigefügten Urkunden (vgl. § 122). Wegen der Vollmacht s. § 76 Anm. 2.

3) Abs. 2: Ueber Erwirkung einer Terminsbestimmung vgl. § 193; über Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers §§ 152, 154; in diesen Fällen muß die Urschrift des Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden, was in anderen Fällen bei Zustellung von Schriftsätzen nicht erforderlich ist (§ 123).

4) Der § 124 bezieht sich nur auf die vorbereitenden Schriftsätze, nicht auf Anträge und Gesuche, über welche die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann (vgl. § 119 Anm. 4b); diese sind überhaupt nur in einer, für das Gericht bestimmten Urschrift bei letzterem einzureichen. (So auch Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 738, Gaupp I S. 360 a. E.) Beschließt das Gericht ausnahmsweise mündliche Verhandlung, so ist dieser Beschluß nach § 294 Abs. 3 beiden Theilen von Amtswegen zuzustellen; der Antragsteller hat aber alsdann in Gemäßheit der §§ 191, 193 die Ladung zu bewirken. [So auch Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 629, 643, 647 ff., 651, H. Meyer: Zustellung S. 18 u. in Busch, Zeitschr. IX S. 347, A. Förster § 119 Anm. 3d, jetzt auch Wilm. Levy S. 175 u. § 294 Anm. 3. A. M.: Wach, Vortr. S. 51, Hoffmann a. a. O. S. 739, Weizsäcker in Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 588, Fortenbach in Busch, Zeitschr. VIII S. 154, Seuffert § 119 Anm. 6e, Petersen S. 774, Hellmann Lehrb. S. 664 ff. u. A., welche unter Berufung auf § 294 Abs. 3 eine Ladung von Amtswegen erfordern, obwohl diese Gesetzesstelle nur die Zustellung des Beschlusses an die Parteien von Amtswegen vorschreibt (§ 294 Anm. 4). Wenn Seuffert bemerkt, daß für die Fälle der §§ 97, 117 (soweit es sich um Entziehung des Armenrechts oder um Nachzahlung handelt) und 290 der Parteibetrieb nicht passe, so ist dies an sich richtig. Aber abgesehen davon daß in diesen Fällen das Gericht kaum je von der Anordnung einer mündlichen Verhandlung Gebrauch machen wird, würde hier eine Zustellung von Amtswegen um deßwillen zulässig sein, weil es sich um von Amtswegen zu erlassende Beschlüsse handelt. Eine bloße Zustellung von Amtswegen (ohne Ladung) vertheidigen Krech in Gruchot, Beitr. XXVI S. 262 ff. u. Eccius das. XXIX S. 19 Anm. 22.] Vgl. auch §§ 119 Anm. 4b, 141 Anm. 2, 191 Anm. 2.)

§ 125.

1) Abs. 1: Die Vorschrift ist, wie die Mot. hervorheben, dem Code de proc. art. 188 nachgebildet und hat sich für die Beschleunigung des Verfahrens förderlich erwiesen; eben deshalb ist sie auch nicht auf den Anwaltsprozeß beschränkt (Hann. Prot. I S. 279 ff.).

Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

N. Entw. § 193. Entw. I. § 119. Entw. II. § 121. Entw. III. § 121. Mot. S. 130. Prot. S. 50.

§ 126. Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 194, 815 Nr. 3, 820. Entw. I. § 120. Entw. II. § 122. Entw. III. § 122. Mot. S. 130. Prot. S. 50.

Die Bemerkungen zu § 122 finden hier analoge Anwendung. Wie dort die vorherige Mittheilung einer Abschrift die Erklärung über den Inhalt, so soll hier die Niederlegung der Urschrift auf der Gerichtsschreiberei (des Prozeßgerichts) die Erklärung über die Echtheit dem Gegner in der mündlichen Verhandlung ermöglichen. — Die Niederlegung geschieht aber nur bei rechtzeitiger Aufforderung von Seiten des Gegners. Die Rechtzeitigkeit bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Aufforderung und Benachrichtigung sind an keine Form gebunden (vgl. § 156 Anm. 2 Abs. 3).

2) Abs. 2: Die dreitägige Frist ist von der erfolgten Benachrichtigung (Abs. 1) an zu berechnen. Läßt der Gegner dieselbe unbenutzt verstreichen, so treffen ihn zwar keine Nachtheile zur Sache; er kann aber demnächst nicht um deswillen, weil ihm die Einsicht der Urkunde nicht rechtzeitig gewährt sei, Vertagung beanspruchen und kann nach § 91 in die durch die unnöthige Aufforderung zur Niederlegung veranlaßten Kosten verurtheilt werden. (So auch Seuffert Anm. 4, Gaupp I S. 362 u. A.)

§ 126.

1) Im § 126 wird ein leichteres Mittel, die Mittheilung von Urkunden zwischen den Parteien zu bewirken, gewährt, als die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei. Das Charakteristische besteht in dem nach Abs. 2 gegen den mit der Rückgabe säumigen Anwalt eintretenden schleunigen Verfahren. Auch in amtsgerichtlichen Prozessen kann zwischen Rechtsanwälten von diesem Mittel Gebrauch gemacht werden, da es nicht ausdrücklich auf Anwaltsprozesse beschränkt ist und der Grund der Bestimmung auch für jene Prozesse zutrifft (vgl. auch § 181).

An den ständigen Zustellungsbevollmächtigten eines am Sitze des Gerichts nicht wohnhaften Rechtsanwalts (RAO. § 19) kann die Mittheilung einer Urkunde von Hand zu Hand nicht erfolgen, weil derselbe nur für die Zustellung bestellt ist. Vgl. § 181 Anm. 1.

2) Das Verfahren gegen den mit der Rückgabe säumigen Rechtsanwalt wird als ein Zwischenstreit mit einem Dritten behandelt, ist aber ausnahmsweise ein mündliches (vgl. § 119 Anm. 4). „Zwischenurtheil“ ist die gebräuchliche Terminologie für ein Urtheil, welches einen Zwischenstreit, sei es einer Partei gegen einen Dritten (vgl. auch §§ 68, 352) oder der Parteien unter einander (§ 275), beendet. Daß gegen dasselbe nicht die Berufung, sondern die sofortige Beschwerde (§ 540) stattfindet, hat darin seinen Grund, daß nach dem Rechtsmittelsystem der CPO. überhaupt alle Entscheidungen, welche einen Streit zwischen den Parteien und dritten Personen bezielen, dem Gebiete der Beschwerde anheimfallen (vgl. Mot. S. 39 und die Anmerkungen zu § 530). Das Urtheil ist nach § 702 Nr. 3 sofort vollstreckbar; die Beschwerde hat hier keine aufschiebende Wirkung (§ 535); die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 769. Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 6); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

— „binnen der bestimmten Frist“ — nämlich der vom Gesetze (§ 125 Abs. 2) bestimmten dreitägigen bzw. vom Vorsitzenden auf Antrag verlängerten oder abgekürzten Frist; der

§ 127. Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

N. Entw. § 307. Entw. I. § 121. Entw. II. § 123. Entw. III. § 123. Mot. S. 131. Prot. S. 50.

---

niederlegende Rechtsanwalt selbst hat die Frist nicht zu bestimmen (A. M. Wilm. Levy Anm. 2, Endemann I S. 464 u. A.), kann dieselbe aber selbstverständlich verlängern. (Vgl. auch P. E. § 327, N. E. § 194, Gaupp I S. 363, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 2.)

3) Die Bestimmung des § 126 hat nur prozessuale Bedeutung und berührt das Verhältniß zwischen dem Anwalt und der eigenen Partei nicht, insbesondere auch nicht die Frage, ob ein Anwalt, welcher, entgegen dem Wunsche seiner Partei, in Gemäßheit des § 126 dem Gegner eine Urkunde in Urschrift mittheilt, im Falle des Verlustes der Urkunde seiner Partei haftverbindlich sei (Prot. S. 50). Auch andere Fälle des Verschuldens sind möglich, welche eine solche Haftung begründen können. (Vgl. Petersen § 126 Nr. 2.)

§§ 127—144.

1) Die §§ 127—144 handeln von der mündlichen Verhandlung selbst, § 127 in Verbindung mit den §§ 130 und 131 insbesondere von dem Prozeßleitungsamte des Vorsitzenden, die §§ 132—144 dagegen von Befugnissen, welche allein dem Gerichte zustehen. Wegen der Sitzungspolizei vgl. GVG. §§ 177 ff. Indessen fehlt es an einer prinzipmäßigen Abgrenzung der beiderseitigen Befugnisse (vgl. Wach, Vortr. S. 78 ff.). (Eine Beleuchtung der Lehre von der Sach- und Prozeßleitung nach ihren allgemeinen Prinzipien und in Beziehung auf einzelne Punkte giebt Ude in Busch, Zeitschr. V S. 303 ff.; s. auch Krämel das. VI S. 173, Hellmann, Lehrb. S. 206 ff., 298 ff.)

2) Der Vorsitzende sowohl wie das Gericht haben die ihnen hier eingeräumten Befugnisse, wie sich aus dem Zwecke derselben von selbst ergiebt, nicht blos auf Antrag, sondern auch von Amtswegen auszuüben; ein Widerspruch mit der Verhandlungsmaxime liegt darin nicht. Vgl. §§ 130 Anm. 2, 133—135.

3) Die Verhandlung und Entscheidung über die Prozeß- und Sachleitung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 1); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 127.

Literatur: Kleinfeller: Die Funktionen des Vorsitzenden und sein Verhältniß zum Gerichte. München 1885 (K. faßt den Vorsitzenden staatsrechtlich als ein selbständiges Organ neben dem Gerichte auf; indessen habe er bei der materiellen Prozeßleitung nur die Initiative. Vgl. gegen jenen Vordersatz: Wach Vortr. S. 80, A. Förster Anm. 1 a. E.).

1) Die Befugnisse des Vorsitzenden sind theils formeller Natur (Eröffnung und Schließung der Verhandlung, Ertheilung und Entziehung des Worts, Bestimmung einer Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung, Verkündung der Urtheile und Beschlüsse); theils beziehen sie sich auf die Behandlung der Sache selbst, wie namentlich die Sorge dafür, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde. Der Vorsitzende darf dieselben in ihrer Gesammtheit nicht auf einen anderen Richter übertragen (vgl. GVG. § 68 Anm. 2). Vgl. § 130 Anm. 1 u. RG. IV S. 372.

2) Welcher Richter unter dem Vorsitzenden zu verstehen, s. in GVG. §§ 61, 109, 110, 119, 121, 126, 133; bei den Amtsgerichten ist darunter der Amtsrichter (das. § 22) zu verstehen. Spezielle Vorschriften über die Prozeßleitung bei den Amtsgerichten enthalten noch die §§ 464 und 468.

3) Abs. 2: Die Entziehung des Worts hat Ungehorsam gegen die Anordnungen des

§ 128. Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

N. Entw. § 309. Entw. I. §§ 121, 122. Entw. II. § 124. Entw. III. § 124. Mot. S. 98, 131 Prot. S. 50.

Vorsitzenden zur Voraussetzung und kann gegen alle bei der Verhandlung betheiligten Personen (Parteien, Anwälte, Bevollmächtigte, Beistände, auch Zeugen und Sachverständige) erfolgen. Sie ist unabhängig von der Untersagung des weiteren Vortrags im Sinne des § 143 und von den in §§ 177 ff. d. GVG. vorgesehenen Maßregeln. Wegen der Folgen der Entziehung des Worts für die Partei gilt das § 144 Anm. 1 u. 2 Gesagte auch hier (vgl. Seuffert Anm. 3b, Wilm.-Levy Anm. 2, Endemann I S. 466 Anm. 3, II S. 155, Sarwey I S. 218, Ude a. a. O. S. 306 ff. A. M.: Wach, Vortr. S. 53, A. Förster Anm. 4c, Hellmann I S. 417, Kleiner I S. 535).

4) Abs. 4: Der Schluß der Verhandlung, welcher für die Frage der Versäumniß von großer Bedeutung ist (vgl. z. B. §§ 129 Anm. 1, 197, 209, 251, 256, 295 ff.), hat strenggenommen durch eine ausdrückliche Erklärung des Vorsitzenden zu erfolgen. Ist diese unterblieben, so kann jedoch aus konkludenten Handlungen, wie dem Verkünden des Urtheils oder eines anderen Termins zur Verkündung des Urtheils, die Schließung gefolgert werden. Ob in dem Abtreten des Gerichts zur Berathung die Schließung liegt, ist quaestio facti; in der Regel wird es der Fall sein. (Vgl. auch Petersen § 127 Nr. 2, Gaupp I S. 365, Wilm.-Levy Anm. 4.)

§ 128.

1) Abs. 1: „Anträge" sind die petita, nicht auch, wie bei den conclusions motivées des französischen Rechts, die zu deren Begründung dienenden thatsächlichen Anführungen (vgl. § 121 Nr. 2 u. 3). Um der Auslegung entgegenzutreten, als ob auch die letzteren unter den Anträgen mitbegriffen seien, beschloß die RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann, in § 121 die in den früheren Entwürfen unter einer Nummer vereinigten Nr. 2 u. 3 zu sondern (Prot. S. 43). — In Anwaltsprozessen müssen die Anträge durch Verlesung derselben gestellt werden (§ 269). Bei nur fortgesetzter mündlicher Verhandlung (vgl. § 119 Anm. 3) kommt Abs. 1 nicht zur Anwendung.

— „eingeleitet" — vgl. § 298 Anm. 1. Soweit beide Theile einander widersprechende Anträge gestellt haben, gilt die Verhandlung hinsichtlich der Gebühren als kontradiktorisch (GKG. § 19, GO. f. RA. §§ 16, 17), d. h. es wird die volle Verhandlungsgebühr (GKG. § 18 Nr. 1, GO. f. RA. § 13 Nr. 2) erhoben. Die auf die Mot. d. GKG. (S. 51) gestützte Ansicht Seuffert's (Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 506), der § 19 setze eine über die bloße Antragstellung hinausgehende Thätigkeit beider Parteien im Sinne des § 298 d. CPO. voraus, dürfte als dem Wortlaute widersprechend und durch innere Nothwendigkeit nicht geboten zu mißbilligen sein, ist auch anscheinend von ihm selbst wieder aufgegeben (vgl. Seuffert § 128 Anm. 1).

2) Abs. 2 und 3: Ein Ablesen der Schriftsätze ist ebensowenig gestattet, wie eine Bezugnahme auf dieselben statt mündlicher Verhandlung; beides würde dem Grundsatze der Mündlichkeit widerstreiten. Eben deshalb kann das Gericht auch nicht genöthigt werden, in der Sitzung überreichte Schriftsätze zu den Akten zu nehmen (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 247). Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß eine Partei bei Gelegenheit der mündlichen Verhandlung auf ein Schriftstück, dessen ausführliche Mittheilung, wie z. B. bei umfangreichen Rechnungen, viel Zeit erfordern und dennoch dem Richter den Inhalt nicht in allen seinen Einzelheiten zum Verständniß bringen würde, im Allgemeinen Bezug nimmt; eine derartige Bezugnahme würde nicht als eine Bezugnahme „statt mündlicher Verhandlung" aufzufassen sein. Ein An-

§ 129. Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

N Entw. § 310. Entw. I. § 124. Entw. II. § 125. Entw. III. § 125. Mot. S. 130, 131. Prot. S. 50, 51, 525, 526.

---

trag, diesen Gedanken ausdrücklich auszusprechen, ist von der RTK. nur deshalb abgelehnt, weil der Satz selbstverständlich und leicht dem Mißbrauch ausgesetzt ist (Prot. S. 50). Wie weit hierin von den Parteien gegangen werden darf, muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Der Inhalt von als Beweismittel herangezogenen Akten, soweit derselbe von den Parteien bei der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen wurde, darf vom Richter keinenfalls berücksichtigt werden (RG. IV S. 379, VIII S. 325, RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1069, im Preuß. JMBl. 1885 S. 154 u. in D. Jur.Ztg. 1882 S. 573, Endemann I S. 469, Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 3, Sarwey I S. 220 u. A. A. M.: A. Förster Anm. 2; v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 253 u. VI S. 175, welchem Wengler: Der Thatbestand u. s. w. S. 74 Anm. 3 im Wesentlichen beitritt, dehnt das richterliche Ermessen zu weit aus). Ebensowenig ist das Gericht befugt, die Hinterlegung von Handakten behufs Benutzung bei der Urtheilsfällung anzuordnen (RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 200). Vgl. auch § 385 Anm. 2 a. E. Dagegen darf ein Kalkulaturbericht, auch wenn er nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden ist, berücksichtigt werden, wenn er nur das rechnerische Ergebniß aus den vom Gericht bezeichneten Thatsachen enthält (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1065).

Wegen Entziehung des Worts s. § 143; hinsichtlich tauber Personen GVG. § 189 Abs. 1.

3) Abs. 4: Ungeachtet des Anwaltszwangs soll den Parteien das Recht nicht verschränkt werden, neben dem Anwalt das Wort zu ergreifen. Eine Ausnahme s. im GVG. § 189 Abs. 2. Inwieweit die Erklärungen der Partei vor denen des Anwalts zu berücksichtigen sind, bestimmt § 81. Unter „Partei" sind wie sonst auch gesetzliche Vertreter (vgl. § 50 Anm. 2), aber nicht solche Personen zu verstehen, welche neben dem Anwalt als Spezial- oder Generalbevollmächtigte auftreten (Prot. S. 525), da die Ausnahme nicht ausdehnend interpretirt werden darf (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 5, Sarwey I S. 220. A. M.: v. Bülow Anm. 3, A. Förster Anm. 4). — „auf Antrag" — d. h. auf ihren Antrag (Wach I S. 609).

Im Parteiprozesse steht der Partei, auch wenn sie durch einen Bevollmächtigten vertreten ist, selbstverständlich — vorbehaltlich des § 143 Abs. 1 — das Recht zur Ergreifung des Worts zu (vgl. Mot. S. 98). [Ebenso Sarwey I S. 220, Gaupp I S. 367, Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 128 Nr. 2 und jetzt auch Seuffert Anm. 5.]

4) Wegen der Befugnisse des nicht zur Vertretung bevollmächtigten Anwalts s. RAO. § 27.

§ 129.

1) Abs. 1: Der hergebrachten Auffassung folgend, geht die CPO. von einer Erklärungspflicht des Prozeßgegners aus und droht konsequent als Folge der Nichterfüllung in Abs. 2 den Nachtheil des fingirten Geständnisses (vgl. § 296, 404), welches ebenso wie das wirkliche Geständniß den Beweis erübrigt (§ 261), aber in der Berufungsinstanz nicht mit derselben Kraft wirkt (s. §§ 493, 494). [Eine andere theoretische Konstruktion unternimmt mit großem Erfolg Bülow im civ. Arch. 62 S. 27 ff., („Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten") und das. 64 S. 7 Anm. 4, S. 29 Anm. 19 (in der Abhandlung: „Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung"), indem er statt der Pflicht zum Handeln nur ein Recht dazu und folgeweise eine Pflicht zum Dulden anerkennt, also auch statt der Erklärungspflicht nur ein Erklärungsrecht zugiebt und die Wirkung des Schweigens hier wie in anderen

Fällen (vgl. z. B. §§ 296, 404, 417) mit vielem Scharfsinn auf eine Versäumniß dieses Rechts (Präklusion, Verwirkung des Rechts auf Bestreitung und Widerlegung) zurückführt. Dagegen: Degenkolb: Einlassungszwang u. Defensionspflicht. Leipzig 1877, Wach in Grünhut, Zeitschr. VI S. 524 ff., VII S. 154 ff. (auch in besonderem Abdruck erschienen unter dem Titel: „Präklusion und Kontumaz". Leipzig 1879) und im civ. Arch. 64 S. 212 Anm. 6, v. Amsberg das. 65 S. 106 ff., R. Leonhard: Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der D. CPO. Fiktionen? Berlin 1880. S. 29 ff., Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 43 Anm. 100, im civ. Arch. 66 S. 22 ff. und in Busch, Zeitschr. VII S. 402 Anm. 242 und im Wesentlichen auch Plósz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig 1880 S. 119 ff., welcher Letztere aber wiederum zwischen Erklärungspflicht und Erklärungszwang unterscheidet und nur erstere anerkennt, womit Wach sich nachträglich einverstanden erklärt; desgl. A. Förster Anm. 1, Baron in Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 228 ff., Rocholl in Busch, Zeitschr. VIII S. 339 ff.; vgl. auch Goldenring das. IX S. 88 ff. u. Endemann in Bödiker, Mag. V S. 157. Für Bülow wiederum Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 354 ff., Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 394 ff., 64 S. 256 ff., 264, Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 221, 257 ff., Förster (Eccius) I § 50 Anm. 7, S. 274, Schultze: Konkursrecht S. 146 ff. u. Privatrecht u. Prozeß S. 12 ff., Lippmann im civ. Arch. 65 S. 374 ff., Bolgiano das. 68 S. 84 ff. (der aber eine Fiktion der Litiskontestation annimmt), Fitting in Busch, Zeitschr. VI S. 30, Seuffert Anm. 1 u. im civ. Arch. 67 S. 328, Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 291 ff., Klein: Die schuldhafte Parteihandlung. Wien 1885. S. 42 ff. S. auch Heyßler in Grünhut, Zeitschr. V S. 600 ff., Demelius: Die confessio. Graz 1880. S. 230 Anm. 1, Wach I S. 301 ff., Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 139 Anm. 17b (nur thatsächliche Nöthigung zum Handeln, keine Verpflichtung im Rechtssinne).]

Der Abs. 1 des § 310 des N. E. „Thatsachen sind der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt vorzutragen" ist als selbstverständlich weggelassen, ebenso die Bestimmung des Abs. 2 das., daß die Erklärung über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen außer dem Falle eines allgemeinen Zugeständnisses eine bestimmte sein müsse. Ein Antrag, Letzteres auszudrücken, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem darauf hingewiesen worden war, daß das in § 130 vorgesehene richterliche Fragerecht ausreiche, eine derartige Erklärung herbeizuführen. Ob ein allgemeines Ableugnen ausreicht, ist im einzelnen Falle vom Richter zu würdigen (Nordd. Prot. S. 287, 288).

Ueber die fortdauernde Geltung einzelner der römisch-rechtlichen Poenae temere litigantium vgl. Seuffert im civ. Arch. 67 S. 323 ff. Vgl. auch Klein a. a. O. S. 65 ff.

2) Abs. 2: Abweichend von dem Grundsatze des französischen Rechts und verschiedener neuen Prozeßordnungen und Entwürfe, wonach in Bezug auf die Verhängung des Rechtsnachtheils dem Richter völlig freier Spielraum gelassen und mithin bestimmt wird, daß die nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachen für zugestanden erachtet werden können, hat das Gesetz im Anschluß an das Preußische Recht und Hann. PO. § 111 den Grundsatz der s. g. affirmativen Litiskontestation adoptirt, jedoch mit der dem H. E. § 129 entlehnten Einschränkung, „wenn nicht die Absicht, sie (die Thatsachen) bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht." Das Vorhandensein einer derartigen Absicht unterliegt der freien Würdigung des Gerichts. Im Zweifel wird dasselbe zu verneinen sein, weil das Präjudiz des Zugeständnisses die Regel bildet. (Einen Fall, in welchem die Anwendung der Regel bedenklich erschien, betrifft RG. II S. 144.) Indessen ist die Fiktion eines solchen („sind — anzusehen" — s. Anm. 1) immerhin durch jenen Zusatz erheblich abgeschwächt. — Vorgängige besondere Androhung findet nicht statt; indessen wird das Fragerecht (§ 130) hier oft mildernd einwirken, ohne daß dessen Ausübung unbedingt geboten wäre (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1135). Die Beschränkung des § 263 ist nicht anwendbar. (So auch Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Puchelt I S. 388.)

Uebrigens tritt, da die Verhandlung, mag sie sich auch über mehrere Termine erstrecken,

§ 130. Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

N. Entw. § 311. Entw. I. § 125. Entw. II. § 126. Entw. III. § 126. Mot. S. 133, 134. Prot. S. 51—54, 137.

---

als ein Ganzes gilt (vgl. § 119 Anm. 6), das Präjudiz des Zugeständnisses erst am Schlusse der ganzen Verhandlung ein. So lange ein neuer Termin oder eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können die bisher nicht bestrittenen Thatsachen noch bestritten werden. Außerdem ist ein Nachholen in der Berufungsinstanz zulässig (§ 493). Bloßer Einspruch hilft nichts (§ 299).

Das Präjudiz kommt nicht zur Anwendung in den Fällen der §§ 577, 611, 620, 624, 626, sowie im Verfahren wegen der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, weil daselbst die Dispositionsmaxime nicht gilt und in Folge dessen auch das ausdrückliche Geständniß den Beweis nicht erübrigt. (Seuffert Anm. 5, Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 402 ff. A. M. H. Meyer das. IX S. 326.) Vgl. auch §§ 261—263 Anm. 1 a. E. Wegen des Urkundenprozesses s. § 560 Abs. 2 Anm. 3.

3) Abs. 3: Diese Vorschrift bezweckt, in Fällen, in welchen man billiger Weise von einer Partei nicht verlangen kann, daß sie eine bestimmt bejahende oder verneinende Antwort ertheile, ihr zu gestatten, sich statt des Bestreitens auf die Erklärung zu beschränken, daß sie die fragliche Thatsache nicht wisse. Ein Antrag, diese Erklärung mit Nichtwissen auch über Thatsachen zuzulassen, „in Betreff welcher der Partei ein Wissen nicht zugemuthet werden kann, obgleich eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage stehen", wurde als zu weit gehend von der RTK. abgelehnt. Kommt es zur Eidesleistung der zur Erklärung verpflichteten Partei, so hilft ihr in diesen Fällen die Bestimmung des § 424 Abs. 2. Für die Erklärung dagegen gilt eine gleiche Erleichterung nicht. Die Partei muß also bestreiten oder einräumen. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 3, Endemann I S. 473, Gaupp I S. 370, Sarwey I S. 222, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 4. A. M.: Petersen § 129 Nr. 2, Puchelt I S. 388 Anm. 5.) Die Frage, ob eine Thatsache, über welche unzulässiger Weise eine Erklärung mit Nichtwissen erfolgt ist, als zugestanden anzusehen sei, ist selbstverständlich in diesem wie in anderen Fällen nach dem Grundsatze des Abs. 2 zu beurtheilen.

4) Entsprechende Bestimmungen in Betreff der Erklärungen über die Echtheit von Privaturkunden und über zugeschobene Eide enthalten die §§ 404, 417 (vgl. jedoch zugleich §§ 420 und 468).

§ 130.

1) Das Fragerecht ist das wirksamste Mittel, um das Prozeßleitungsamt des Vorsitzenden in Bezug auf die materielle Leitung der Sache zur Wahrheit zu machen (vgl. d. allgem. Bem. z. §§ 127—144 unter 2, § 127 Anm. 1, Kleinfeller a. a. O. S. 197 ff.).

> „Der Vorsitzende, das Organ des Gerichts, sitzt den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung, wirkt auf dieselbe fördernd ein und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime mit thätig. Er hat demgemäß Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde. — Als Mittel, um auf eine erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt ihm — und dem Gerichte — der § 130 ein umfassendes Fragerecht ein." (Mot. S. 133.)

2) Das Fragerecht ist mit der Verhandlungsmaxime (vgl. über dieselbe Wetzell

S. 576 ff., Renaud S. 198 ff., Endemann, Lehrb. S. 365 ff., Bolgiano S. 42 ff., Wach, Vortr. S. 40, 41 ff., 54, Hellmann, Lehrb. S. 288 ff.; Manche, wie v. Canstein a. a. O. S. 185 ff., ziehen den Ausdruck „Dispositionsmaxime" vor; Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 159 Anm. 19 spricht von „Dispositionsprinzip" gegenüber dem „Offizialprinzip", „Verhandlungsform" gegenüber der „Untersuchungsform" im Anschluß an einen Aufsatz von Heinze in Goltdammer, Arch. f. Str.R. Bd. 24 S. 265 ff.) durchaus vereinbar. Denn die letztere hindert den Richter nicht, eine Partei aufzufordern, innerhalb der Grenzen der von ihr gestellten Anträge ihr Vorbringen näher zu erläutern und zu ergänzen; ein Suppeditiren nicht geltend gemachter Rechtsbehelfe liegt darin nicht. (Vgl. Endemann I S. 437, 439 ff., RG. VII S. 368.) Die Fragepflicht erstreckt sich auch nicht auf die Feststellung, ob eine Partei für die bestrittene Behauptung keine Beweismittel besitze (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 344). Uebrigens hat die Prozeßordnung, obwohl sie, wie die ganze, auf der Selbstthätigkeit der Parteien beruhende Struktur des Verfahrens ergiebt, von der Verhandlungsmaxime ausgeht (vgl. z. B. §§ 209 Abs. 2, 228, 267, 279, 295, 296, 487, 498, 522 u. s. w.), doch mit Recht vermieden, einen dieselbe sanktionirenden Satz, wie ihn z. B. H. E. § 115 (vgl. auch Württ. PO. Art. 175) enthält, aufzunehmen, weil ein derartiger Satz nur eine doktrinäre Bedeutung hat und in seiner Nacktheit leicht zu Irrthümern und zu falschen Konsequenzen Anlaß geben kann (Mot. S. 127, 128). [Vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1135, Mot. z. P. E. S. 56, 57, Bolgiano S. 46 ff., John, Strafprozeßordnung S. 12 ff. A. M. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 331 ff. Vor einer Ueberschätzung der dennoch für die Erklärung der Absichten des Gesetzgebers wichtigen Verhandlungsmaxime warnt dagegen mit Recht Bülow, Disp. CPR. u. s. w. S. 23 Anm. 16. Vgl. auch John, a. a. O. S. 16 ff., RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 65 u. RAnz. 1882 b. Beil. 11 S. 2.]

Ueber die Fälle, in denen nach der CPO. ein Offizialverfahren Platz greift, und über die Beschaffung der Urtheilsgrundlage von Amtswegen, handelt ausführlich Birkmeyer: Das Offizialverfahren im Civilprozeß, in Busch, Zeitschr. VII S. 155 ff., 375 ff.

3) Durch das Wort „hat", welches auf Beschluß der RTK. an die Stelle des in den Entwürfen stehenden „kann" gesetzt wurde, ist deutlich ausgedrückt, daß das Fragerecht nicht blos ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Vorsitzenden ist [vgl. RG. VI S. 375 ff., VIII S. 371, Bähr: Urtheile des RG. S. 241 Anm. *, Seuffert Arch. 38 Nr. 267 (OLG. Braunschweig), Nr. 268 (OLG. Karlsruhe)]. Demnach muß, wenn von dem Fragerecht der volle, im Gesetz vorgesehene Gebrauch gemacht wird, für die Zukunft die namentlich im gemeinrechtlichen Prozesse oft vorkommende Abweisung einer Klage „in angebrachtem Maße", „in angebrachter Art" u. s. w. wegen ungenügender Substantiirung [nicht, wie bei Förster (Eccius), I § 55 Anm. 19, S. 313 und bei Westerburg in der unten angeführten Schrift uns irrthümlich untergelegt wird, Rocholl aber in seiner unten angeführten Schrift S. 22 ff. in der That für richtig hält, überhaupt jede Abweisung in angebrachter Art] in Wegfall kommen (Prot. S. 52). Denn der Vorsitzende bzw. das Gericht ist verpflichtet, vermöge des Fragerechts auf eine Ergänzung der ungenügenden Substantiirung durch die Partei hinzuwirken (vgl. RG. X S. 405), sofern sich dazu ein thatsächlicher Anhaltspunkt bietet (RG. VII S. 368, A. Förster Anm. 1 a. E.). Kommt die Partei der Aufforderung nicht nach, so hat das Gericht die Sache unter Beurtheilung der Folgen der Nichtbeantwortung der Frage definitiv zu entscheiden; eine alsdann nicht für gehörig substantiirt zu erachtende Klage ist einfach abzuweisen. [Ebenso RG. VI S. 356, VIII S. 371, RG. in RAnz. 1882 b. Beil. 11 S. 2, Seuffert, Arch. 38 Nr. 265—267, Siebenhaar S. 170, Wilm. Levy Anm. 1, § 293 Anm. 2, Petersen § 130 Nr. 2, Gaupp I S. 373, Sarwey I S. 223, Hellmann I S. 426, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 63, Bolgiano das. IV S. 514, Ude das. V S. 312 ff., Seuffert Anm. 5, welcher letztere richtig ausführt, daß dies auch für das Versäumnißverfahren gilt. A. M. Westerburg: Beiträge zur Lehre v. Urtheil. Berlin 1880 (bes. Abdruck aus Gruchot, Beitr. XXIV S. 186 ff.) S. 9 ff., besonders S. 22 ff., welcher in der Abweisung angebrachter Maßen ein eine Entscheidung in der Sache überhaupt

verweigerndes Urtheil erblickt, v. Bülow das. XXII S. 708 u. CPO. § 130 Anm. 2, Wach, Vortr. S. 55 u. Dernburg I S. 281 Anm. 14, A. Förster Anm. 6 (das von diesem angef. Urth. d. RG. II S. 243 beruht auf preuß. Prozeßrecht) u. theilweise Bähr a. a. O. S. 165 ff. Gegen Westerburg s. Struckmann in Busch, Zeitschr. III S. 223 ff. u. Förster (Eccius) I § 55 S. 312 ff. und hiergegen wieder — aus theilweise von Westerburg abweichenden Gründen — Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Breslau 1881. 1 S. 22 ff., sowie Alexander-Katz: Schriftsätze u. Anwaltszwang S. 36 ff.] In Betreff eines abweichenden Gebrauchs jener Formel (bei Mangel einer Prozeßvoraussetzung) s. Fitting S. 213 Anm. 14 und Siebenhaar S. 333 Anm. **.

Auch die Abweisung „zur Zeit" ist oft mittels gehöriger Ausübung des Fragrechts zu vermeiden (RG. in Seuffert Arch. 39 Nr. 316).

— „unklare Anträge erläutert" — Dahin gehört auch die Klarstellung, ob in dem gestellten Antrage eventuell ein anderer von geringerem Umfange enthalten sein solle (RG. II S. 56), oder ob der Antrag quantitativ einzuschränken ist (RG. in Seuffert, Arch. 39 S. 316).

— „überhaupt — — abgegeben werden" — Darunter fällt namentlich auch die Aufklärung von Widersprüchen zwischen dem mündlichen Vorbringen und dem Inhalt der Schriftsätze, wenn es zweifelhaft ist, ob letzterer hat wiederholt werden sollen. Indessen ist das Fragerecht doch auf die thatsächliche Seite des Rechtstreits beschränkt (vgl. ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 343).

Die Nichtausübung des Fragerechts kann einen Revisionsgrund abgeben (RG. VIII S. 371, Fenner u. Mecke, Sammlung rc. Bd. 3 S. 440, Seuffert, Arch. 37 Nr. 344, 38 Nr. 265, 266 (RG.), 267 [OLG. Braunschweig], 39 Nr. 316 [RG.], Bähr a. a. O. S. 241 Anm. *; vgl. jedoch andererseits RG. VII S. 368, Fenner u. Mecke a. a. O. S. 382 u. Gruchot, Beitr. XXVII S. 1072 [RG.]; s. auch Wilm. Levy Anm. 1).

4) Der Abs. 2 bezieht sich namentlich — nicht ausschließlich; s. Birkmeyer a. a. O. S. 436 — auf solche von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, z. B. die Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54), die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten in amtsgerichtlichen Prozessen (§ 84 Abs. 2) u. s. w., welche, wenn sie noch nicht geregelt sind, voraussichtlich durch die Thätigkeit der betreffenden Person in Ordnung gebracht werden können. Der Vorsitzende hat auf den Mangel aufmerksam zu machen und zur Hebung desselben aufzufordern, freilich nur soweit die Verhandlung dazu Anlaß bietet (RG. IX S. 367). Allgemeine Regeln für das hier etwa eintretende Verfahren — im Anschluß an das Strafverfahren — giebt Birkmeyer a. a. O. S. 183 ff., 430 ff. Derselbe geht aber zu weit, wenn er meint, daß das Gericht selbst Thatsachen und Beweismittel aufspüren und zum Gegenstande des Verfahrens zu machen habe. Eine solche Thätigkeit ist dem Gerichte nur ausnahmsweise im Ehe- und Entmündigungsverfahren (§§ 581, 597) ausdrücklich beigelegt und als mit der Verhandlungsform unverträglich nicht auf sonstige von Amtswegen zu prüfende Punkte entsprechend auszudehnen. Bleibt der betreffende Punkt durch das von den Parteien herbeigeschaffte Material unaufgeklärt, so hat diejenige Partei (z. B. der Berufungskläger rücksichtlich der Wahrung der Berufungsfrist) den Nachtheil davon, welcher zunächst die Beweispflicht obliegt. (So auch Gaupp I S. 372.)

5) Ein bestimmtes Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat das Gesetz — entgegen dem H. E. § 139 und N. E. § 311 — im Interesse der möglichsten Schonung des materiellen Rechts nicht aufgestellt. Daraus folgt, daß das Gericht in Gemäßheit des im § 259 gegebenen allgemeinen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung im einzelnen Falle zu prüfen hat, welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung der gestellten Frage zu ziehen sind. (Vgl. Ude in Busch, Zeitschr. VI S. 426, 429.)

6) Für das amtsgerichtliche Verfahren sind dem Amtsrichter in Bezug auf die Sachleitung noch weiter gehende Befugnisse eingeräumt worden. Vgl. § 464.

7) Abs. 3: Anträge auf Ertheilung der Befugniß an den Vorsitzenden, für einzelne Sachen

§ 131. Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 136—139, 663—665, 168. Sitzung S. 1, 2.

§ 132. Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

N. Entw. §§ 312, 313. Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. S. 133. Prot. S. 52—54, 526, 527.

---

die Leitung der Verhandlung einem Mitgliede des Gerichts zu übertragen, sind von der RTK. schließlich abgelehnt. Vgl. Prot. z. GVG. S. 501—509, 641—643, GVG. § 68 Anm. 2.

§ 131.

1) Diese Bestimmung verdankt einem von der RTK. angenommenen, nachträglich jedoch mehrfach modifizirten Antrage des Abg. Bähr ihre Entstehung. Der Antragsteller bezweckte, dem Gedanken Geltung zu verschaffen, daß der Vorsitzende seine die Sachleitung in der mündlichen Verhandlung und insbesondere die Fragestellung betreffenden Befugnisse als präsumtiver Bevollmächtigter des Gerichts, gleichsam als primus inter pares, nicht kraft eigener Machtvollkommenheit ausübe, und daß daher, wenn seine desfallsige Thätigkeit von den Parteien oder Zeugen beanstandet werde, das Gericht entscheiden müsse; er wollte deshalb gegen jede auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden bzw. gegen jede Fragestellung seitens des Vorsitzenden oder eines Gerichtsmitgliedes den Rekurs an das Gericht zulassen. Die RTK. trat dem anfänglich bei, beschränkte aber demnächst dem Antrage der Bundesregierungen gemäß den Rekurs auf Anordnungen bzw. Fragen, welche als „unzulässig" beanstandet werden.

2) — „eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung" — Hierunter fallen alle Anordnungen, welche der Vorsitzende in Gemäßheit der §§ 127 und 130 bezüglich der Leitung der mündlichen Verhandlung trifft, mithin auch die Entziehung des Worts, dagegen nicht die Befugnisse, welche ihm die Handhabung der Sitzungspolizei gewährt (GVG. §§ 176 Abs. 2, 177), oder welche ihm, selbst wenn er dieselben zufällig während der Sitzung ausübt, außerhalb der mündlichen Verhandlung zustehen, z. B. bezüglich der Terminsansetzung (§§ 193, 234 u. a.), der Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen (§§ 666, 669), der Anordnung des Arrestes oder einstweiliger Verfügungen (§ 822); in diesen Fällen handelt er kraft eigenen Rechts und ist daher nicht der Kontrole des Gerichts, dessen Vorsitzender er ist, vielmehr nur der Beschwerdeinstanz des höheren Gerichts unterworfen (vgl. §§ 531 ff.).

3) — „eine — gestellte Frage" — vgl. § 130; s. auch § 362 Abs. 2. Wegen Ablehnung einer Fragestellung findet eine Anrufung des Gerichts nicht statt; jedoch kann nach § 130 Abs. 3 jedes einzelne Mitglied des Gerichts kraft eigenen Rechts die Frage stellen.

4) — „unzulässig" — d. h. gesetzlich nicht statthaft. (Das Wort „gesetzlich" ist von der RTK. als selbstverständlich weggelassen.) Die bloße Zweckmäßigkeit oder Angemessenheit der Anordnung unterliegt mithin ebensowenig der Beurtheilung des Gerichts wie die Erheblichkeit der gestellten Frage.

5) Die Beanstandung kann in jeglicher Form und von jeder „bei der Verhandlung betheiligten Person" (vgl. GVG. §§ 178, 179), mithin von den Parteien, deren Vertretern, einem Zeugen (A. M. v. Bülow Anm. 3) erfolgen, nicht aber — nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute „Verhandlung"; vgl. auch § 144 — von einem Mitgliede des Gerichts (ebenso Endemann I S. 476, Gaupp I S. 375, Seuffert Anm. 3, v. Bülow (Leipzig) in Gruchot, Beitr. XXVI S. 582 ff., Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 4, Hellmann, Lehrb. S. 301, Kleinfeller a. a. O. S. 209. A. M. Aufl. 2—4, Petersen § 131 Nr. 2, Sarwey I S. 224).

6) Die Entscheidung des Gerichts unterliegt nach § 530 nicht der Beschwerde, da stets eine mündliche Verhandlung voraufgegangen ist (vgl. §§ 133—135 Anm. 1; OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 153).

§ 133. Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

---

§ 132.

1) Dieser Satz ist von der RTK. aufgenommen, deren Mehrheit darin, besonders in amtsgerichtlichen Prozessen, eine nothwendige Ergänzung der freien Beweiswürdigung erblickte, indem der Richter unter Umständen die Parteien selbst hören müsse, um der Wahrheit auf den Grund zu kommen. Das von der erschienenen Partei Behauptete ist für den Prozeß maßgebend; die etwaige abweichende Sachdarstellung des Anwalts kommt nicht in Betracht (vgl. § 81; RG. X S. 423).

2) Nur vor dem erkennenden Gerichte selbst, nicht vor einem beauftragten oder ersuchten Richter persönlich zu erscheinen, kann eine Partei aufgefordert werden. (So auch Petersen § 132 Nr. 1, Seuffert Anm. 4, Endemann I S. 477, Gaupp I S. 376 u. A. A. M. Puchelt I S. 393.) Ein Antrag, auch Letzteres zu gestatten, ist von der RTK. abgelehnt worden. Ausnahme: § 579 Abs. 2. Vgl. auch § 315 Anm. 2. — Ebensowenig kann der Vorsitzende allein die Anordnung treffen.

3) Unter „Partei" ist hier nur eine prozeßfähige Person zu verstehen, welche über den Prozeß zu verfügen hat (Prot. S. 54), mithin bei nicht prozeßfähigen Parteien der gesetzliche Vertreter (Gaupp I S. 526, v. Bülow S. 82, Petersen § 132 Nr. 3, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2 u. A.). — Daß beide Parteien gleichzeitig vorgeladen werden, ist nicht erforderlich. Genügt zur Aufklärung das persönliche Erscheinen einer Partei, so kann die Anordnung hierauf beschränkt werden. Der Gebrauch der Einzahl in § 132 weist hierauf mit Nothwendigkeit hin. Während der ursprüngliche Antrag von „Parteien" sprach, hat die Redaktionskommission absichtlich, und ohne Widerspruch in der Gesammtkommission zu finden, das Wort „Partei" an die Stelle gesetzt.

4) In Bezug auf das Präjudiz im Falle des Nichterscheinens oder der Nichtbeantwortung einer gestellten Frage findet das unter § 130 Anm. 5 Gesagte Anwendung. Hinsichtlich der Ehesachen s. jedoch § 579 Abs. 3.

5) Wegen des Erfordernisses der Ladung bzw. Zustellung gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. §§ 162 Anm. 2, 195, 294; s. auch Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 5).

§§ 133—135.

1) In den §§ 133—135 sind dem Gerichte weitere Befugnisse beigelegt, welche darauf abzielen, demselben die für seine Entscheidung nothwendige Grundlage zu schaffen. Die Schwierigkeit erschöpfender Spezialisirung hat hier den Gesetzgeber genöthigt, dem Ermessen des Gerichts („kann") einen weiten Spielraum zu lassen. Die fraglichen Bestimmungen bilden so einen erheblichen Bestandtheil des sog. dispositiven Civilprozeßrechts (vgl. Bülow im civ. Arch. 64 S. 18). Zu dieser Gattung von Vorschriften gehören auch die §§ 136—144.

Die über § 133 hinausgehende Vorschrift des HGB. Art. 79 Abs. 1 bleibt unberührt. Vgl. EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 2.

Die betreffenden Anordnungen können nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung getroffen werden; eine Beschwerde ist deshalb nach § 530 nicht zulässig.

2) Ein Rechtsnachtheil ist an die Nichtbefolgung der in den §§ 133, 134 gedachten Anordnungen nicht geknüpft; das Gericht hat daher nach freiem Ermessen zu prüfen, welche Folgerungen aus dem Ungehorsam zu ziehen sind. Vgl. § 130 Anm. 5. (Endemann I S. 479 hält Strafandrohungen für statthaft.)

§ 133.

1) Zu den „Urkunden" gehören auch die Handelsbücher (vgl. RG. i. Str. S. IV S. 4 ff., Behrend: Handelsrecht I S. 297 Anm. 43); jedoch ist Art. 38 HGB. dabei zu beobachten. Art. 39 HGB. ist zwar aufgehoben; indessen ist § 399 der CPO. analog anzuwenden.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

N. Entw. §§ 314, 594. Entw. I. § 126. Entw. II. § 127. Entw. III. § 127. Mot. S. 134. Prot. S. 54.

§ 134. Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

N. Entw. § 400. Entw. I. § 127. Entw. II. § 128. Entw. III. § 128. Mot. S. 134. Prot. S. 54.

§ 135. Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

N. Entw. § 315. Entw. I. § 128. Entw. II. § 129. Entw. III. § 129. Mot. S. 134. Prot. S. 54.

Hinsichtlich der Tagebücher der Mäkler ist die Befugniß des Richters, selbst ohne Antrag die Vorlegung zu verordnen (HGB. Art. 79 Abs. 1), unberührt geblieben; dagegen ist Art. 79 Abs. 2 HGB. aufgehoben und durch CPO. § 399 ersetzt. — Vgl. EG. z. CPO. § 13 Anm. 5.

2) Die Vorlegung von Stammbäumen, Plänen usw. kann — im Gegensatze zu der von Urkunden — auch verlangt werden, wenn dieselben sich nicht im Besitze der Partei befinden, d. h. mit anderen Worten, die Partei kann zu ihrer Anfertigung angehalten werden. (Vgl. Petersen § 132 Nr. 2 u. A.)

— „die vorgelegten" — nicht blos diejenigen, deren Vorlegung in Gemäßheit des Abs. 1 angeordnet wurde, sondern überhaupt die in der Verhandlung vorgelegten (Gaupp I S. 378). Vgl. § 125.

3) Abs. 2: Die Schriftstücke verbleiben auf der Gerichtsschreiberei zum Zwecke der Einsichtsnahme seitens des Gerichts wie der Gegenpartei. Vgl. § 408.

4) Abs. 3: Vgl. GVG. § 186 Anm. 1. Es ist lediglich Sache der Prozeßleitung und des freien Ermessens des Gerichts, ob es die Beibringung einer Uebersetzung anordnen will (RG. IX S. 436).

§ 134.

1) Die Befugniß des § 134 bezieht sich nur auf die in den Händen der Parteien befindlichen Akten, (Parteiakten, Handakten). Vgl. §§ 271 Anm. 5, 122 Anm., 128 Anm. 2. — Wegen der in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten befindlichen Urkunden, deren Herbeischaffung nur auf Antrag in Folge einer Beweisantretung geschehen kann, vgl. § 397.

2) — „soweit — — betreffen" — Auch solche Schriftstücke, welche den Inhalt der Schriftsätze betreffen, gehören hierher. Dagegen können Schriftstücke, welche sich nur auf die Vorbereitung des Prozesses, z. B. die Einholung von Instruktionen, beziehen, insbesondere die Korrespondenz der Partei mit ihrem Anwalt, zurückbehalten werden (s. Wilm. Levy Anm. 1).

§ 135.

1) Abs. 1: Auch Augenschein und Begutachtung durch Sachverständige können erst nach mündlicher Verhandlung angeordnet werden, welcher aber selbstverständlich nicht die ganze Sache zu umfassen braucht (vgl. §§ 133—135 Anm. 1, Gaupp I S. 380, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 135 Nr. 4, A. Förster Anm. 2 u. jetzt auch Seuffert Anm. 2. A. M. Wendt im civ. Arch. 63 S. 265).

2) Abs. 2: Hierüber sowie über das Verhältniß der nach Abs. 1 angeordneten zu der auf

§ 136. Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

N. Entw. § 316. Entw. I. § 129. Entw. II. § 130. Entw. III. § 130. Mot. S. 29, 30, 134, 135. Prot. S. 54, 55, 61.

Antrag angeordneten Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige vgl. §§ 336, 337, 367—379. Ein Vorschuß (nach §§ 344, 367) wird aber nicht gefordert werden können, weil es an einem „Beweisführer" fehlt (A. M. A. Förster Anm. 4). Vgl. auch § 344 Anm. 4.

§§ 136, 137.

1) Die Trennungsbefugniß, welche die §§ 136 und 137 dem Gerichte geben, ist im mündlichen Verfahren von ganz besonderer Wichtigkeit, um bei großer Anhäufung des Prozeßstoffs Verwirrung zu verhüten und der mündlichen Verhandlung die nothwendige Ordnung und Uebersichtlichkeit zu sichern; sie ist doppelt nothwendig in einem Verfahren, welches, wie das der CPO., die Eventualmaxime abgeschafft und damit das Zerfallen des Prozesses in mehrere fest gegliederte Abschnitte beseitigt hat.

> „Von großer Wichtigkeit ist die dem Gerichte gewährte Befugniß, auf Antrag oder von Amtswegen entweder eine Trennung der Verhandlung und der Entscheidung oder auch bei ungetrennter Verhandlung eine getrennte Entscheidung eintreten zu lassen. Wenn über einen von mehreren klagend geltend gemachten Ansprüchen, wenn über einen Theil eines Anspruchs, oder wenn im Fall einer erhobenen Widerklage über die Klage oder die Widerklage mittels Endurtheils (Theilurtheil) vorab entschieden wird, so ist damit dasjenige, was Gegenstand des Urtheils bildet, vollständig für die Instanz erledigt. Es ist selbstverständlich, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, welche den erledigten Theil des Prozeßstoffs betreffen, für die Instanz nicht mehr geltend gemacht werden können, und daß ein im späteren Laufe des Rechtsstreits ergehendes Versäumnißurtheil den erledigten Theil des Prozeßstoffs überall nicht berührt. Wenn über einen von mehreren selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsgründen (Klaggründen, Einreden, Repliken u. s. w.) durch ein Zwischenurtheil, welches Richter und Parteien für die Instanz bindet, vorab entschieden wird, so ist es wiederum selbstverständlich, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, welche den erledigten Prozeßstoff betreffen, nicht nachgeholt werden können, während durch ein im weiteren Laufe des Rechtsstreits zur Hauptsache erlassenes Versäumnißurtheil das Zwischenurtheil folgeweise, wenngleich einstweilen nur provisorisch, in Wegfall kommen kann." (Mot. S. 29).

(Vgl. auch die Anmerkungen zu den §§ 251—258, 272—275, 297 u. Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 749 ff., 859 ff.)

Die Befugniß äußert sich theils darin, daß mehrere in derselben Klage erhobenen Ansprüche sowie eine inkonnexe Gegenforderung in getrennte Prozesse verwiesen werden können (§ 136), theils darin, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln die Verhandlung zunächst auf einen oder einige dieser Rechtsbehelfe beschränkt werden kann (§ 137). Da das maius das minus in sich schließt, so kann die letztere Maßregel auch in den Fällen des § 136 angewendet werden (vgl. §§ 273, 274, Schollmeyer: Zwischenstreit S. 3, Schepers a. a. O. S. 756 ff., Endemann I S. 489 u. A. A. M. Seuffert § 137 Anm. 2, S. 172), während umgekehrt die Verweisung eines solchen einzelnen Rechtsbehelfs in einen besonderen Prozeß nicht zulässig ist (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 155). Die Trennung mit jener stärkeren Wirkung wird nur in seltenen Fällen erforderlich sein, da in der Regel die Erlassung eines Theilurtheils (§§ 273, 274) bzw. die Trennung der Verhandlungen (§ 137) genügt. Im Falle des § 136 wird die prozessualische Verbindung der Ansprüche in der Art vollständig aufgehoben, als ob sie von vornherein in getrennten Prozessen geltend gemacht wären. Es sind mithin auch völlig getrennte Prozeßakten anzulegen. Die Klage (bzw. Widerklage) braucht jedoch der fortdauernden Rechtshängigkeit wegen (s. § 136 Anm. 5) nicht wiederholt zu werden. (So auch Schollmeyer,

Kompensationseinrede S. 16, 17, Hellmann, Lehrb. S. 302.) In dem Trennungsbeschlusse hat das Gericht zugleich zu bestimmen, welcher Prozeß in dem bereits angesetzten Termin zu verhandeln sei; zu dem anderen Prozesse haben, sofern nicht auch hierfür das Gericht sofort den Termin ansetzt, die Parteien in Gemäßheit des § 191 zu laden (nicht, wie Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 638 Anm. 18 annimmt, in Gemäßheit des § 230 mit Wahrung der Einlassungsfrist).

2) Die Unterscheidung von „Ansprüchen" (§ 136) und „selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln" (§ 137) ist in der CPO. bedeutungsvoll.

Der Ausdruck „Anspruch" ist vorzugsweise durch Windscheid (Pand. I §§ 43, 44, die Actio des Röm. Civilrechts S. 5 ff.) in die Rechtssprache eingeführt. Er versteht darunter „die vom Rechte anerkannte Befugniß, von einem Andern etwas zu verlangen" und fügt hinzu: „Der Anspruch ist keine besondere Art des Rechts; der Anspruch ist eine Funktion des Rechts. Der Anspruch ist das Recht in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens." (Lediglich mit „subjektives Recht, Berechtigung" identifizirt dagegen den Begriff des Anspruchs Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 183 ff.) Daher umfaßt der Ausdruck nicht blos Forderungen, auch nicht blos das Gebiet des Vermögensrechts („vermögensrechtliche Ansprüche"; vgl. § 21 Anm. 2), sondern erstreckt sich auf alle im Civilprozesse verfolgbaren Rechte (vgl. §§ 61, 102 Nr. 5, 745, 796). Windscheid entfernt aus dem Begriffe das Moment der Rechtsverletzung (ebenso Kroll, Klage und Einrede S. 27, 232 ff.). In dieser Beziehung ist jedoch die CPO. seiner Terminologie nicht gefolgt, abgesehen von denjenigen Stellen, wo sie den Anspruch als Exekutionsgegenstand oder als Voraussetzung des Arrestes (§§ 745—748, 751—753, 796, 800) behandelt. Sie denkt sich (freilich ohne ganz feste Terminologie — s. Rocholl in Busch, Zeitschr. VII, S. 356, Förster (Eccius) I § 50 S. 273) den „Anspruch" vielmehr regelmäßig als den letzten unmittelbaren Gegenstand der Rechtsverfolgung und demzufolge des Urtheils. Er ist das (in der Regel) aus einer (behaupteten) Verletzung hervorgegangene, an den Gegner gestellte Verlangen, welches mittels des Rechtsstreits verwirklicht werden soll und sich in der Sachbitte (dem Antrage) ausdrückt (vgl. §§ 5, 21 Abs. 1, 24, 28 Abs. 2, 33, 40 Abs. 2, 57, 61, 69, 73 Abs. 3, 77, 79 Abs. 1, 102 Nr. 5, 103, 136—138, 146 Nr. 1, 230 Nr. 2, 232, 236 Abs. 1, 254, 273, 276—278, 292, 293, 313, 318 Abs. 2, 319 Abs. 2, 467, 491 Abs. 2, 499, 500 Nr. 3, 503 Abs. 2, 508 Abs. 1, 509 Nr. 2, 555, 560, 562, 563, 565, 628 ff., 672, 686, 704). [S. v. Savigny, Syst. d. Röm. Rechts V S. 4 ff., Fitting S. 102, Hellmann I S. 436 („das subjektive Recht im Zustande des Strebens nach Befriedigung"), Hinschius im Rechtslexikon I S. 110, Freudenstein: Rechtskraft S. 69 Anm. 2, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 10, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 425 ff., Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXVII S. 193 ff. rc. Gegen Windscheid vgl. auch Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878. S. 257 und Plósz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 49 ff.] Selbstverständlich ist damit nicht (wie Wach, Vortr. S. 15 meint) die Identität von Anspruch und Petitum behauptet. Letzteres ist eben nur der Ausdruck des Anspruchs, die Folgerung, welche die Partei aus dem Anspruche als Obersatz zieht. (Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. S. 10 ff. u. Plósz a. a. O. S. 1 ff., welcher das Klagerecht als (publizistisches) Prozeßbegründungsrecht bezeichnet; [s. dagegen Baron in Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 317] u. Wach I S. 14 ff. u. 293 ff., nach welchem das Wort „Anspruch" in der CPO. in der dreifachen Bedeutung als „civiles, befriedigungsbedürftiges Recht", „Beanspruchtes" oder „Petitum" und „Rechtsschutzanspruch" sich findet). Die Stufenfolge bei der Klage ist: Klagegrund, Anspruch, Antrag (s. § 230 Anm. 4). Ob ein Anspruch auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung möglich ist, ist Sache des materiellen Rechts (s. §§ 89 Anm. 1, 231 Anm. 6, Endemann I S. 483, Gaupp I S. 382, Förster (Eccius) I § 50 Anm. 25, S. 279; vgl. jedoch Plósz a. a. O. S. 38 Anm. 36, welcher nach dem heutigen Rechtsbewußtsein die Rechtsverletzung als Erforderniß der Klage gänzlich verwirft, und hiegegen Wetzell § 16 S. 150 ff.).

Der Anspruch ist nicht nothwendig auf eine Leistung (ohne Unterlassung) des Gegners ge-

richtet; er kann auch darin bestehen, daß ein Rechtsverhältniß oder dessen Nichtbestehen, die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde festgestellt werde (§§ 29, 231, 253).

Der Begriff des Anspruchs ist kein prozeßrechtlicher; er gehört dem materiellen Recht an. Der Anspruch bildet den materiellen Stoff des Prozesses.

Die Form, in welcher er „geltend gemacht" („erhoben") wird, ist regelmäßig die Klage einschließlich der Präjudizial-Inzidentklage (§§ 230 ff.) oder (für „Gegenansprüche" einschließlich der „Gegenforderungen") die Widerklage einschließlich der Präjudizial-Inzidentwiderklage (§§ 33, 136 Abs. 2, 251 Abs. 1, 253, 293 Abs. 1). Indessen gehört hierher (auch wegen der daran geknüpften Wirkungen) die Geltendmachung einer „Gegenforderung" durch Einrede zum Zwecke der Kompensation (vgl. §§ 136 Abs. 2, 235 Anm. 1, 3; 254, 274, 293 Abs. 2, 491 Abs. 2). [Der Satz ist bestritten. Zustimmend Gaupp I S. 383, 386 und jetzt auch Schollmeyer: die Kompensationseinrede im D. Civilprozeß. Berlin und Leipzig 1884 S. 5 ff. Letzterer begründet ausführlich die Ansicht, daß jene Einrede kein bloßes Vertheidigungsmittel, sondern eine „unentwickelte Widerklage" sei. Diese Konstruktion hat jedoch manche Bedenken. Vgl. auch Endemann I S. 483, Hinschius im Rechtslex. II s. v. „Gegenforderung", Freudenstein a. a. O. S. 69 Anm. 2, S 202 ff. ꝛc. A. M. Petersen § 136 III, 3 und (insbesondere gegen Schollmeyer) in Gruchot, Beitr. XXX S. 1 ff., v. Canstein in Busch, Zeitschr. I S. 327 Anm. 96, welcher irrigerweise auch andere Einreden hierherziehen will u. A.] Besondere Formen der Geltendmachung von „Ansprüchen" s. in §§ 98 Abs. 2, 100, 628 ff., 672.

Von den „Ansprüchen" wesentlich verschieden sind die zur Begründung bzw. Bekämpfung der Ansprüche dienenden einzelnen Rechtsbehelfe, welche die CPO., obschon in schwankendem Sprachgebrauch, unter dem Namen „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" zusammenfaßt (§§ 33, 64, 65, 91, 95, 251, 252, 315 Abs. 1, 319 Abs. 2, 491 Abs. 1, 502 Abs. 1, 503 Abs. 1). Der Begriff umschließt an sich alles, was die Parteien zur Durchführung ihrer Intentionen anführen, also Klagegründe, Einreden, Repliken, Dupliken, selbst die — an sich einen eigenen Rechtsstreit bildende (vgl. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 22 ff., Schollmeyer Zwischenstreit S. 47, 49) — Widerklage in Folge ihrer eigenthümlichen prozessualischen Behandlung, aber auch bloße Thatsachen und Beweismittel (vgl. §§ 64, 65, 491 Abs. 1), obwohl letztere (sowie die Beweiseinreden) zuweilen besonders neben den „Angriffs- und Vertheidigungsmitteln" genannt werden (§§ 251, 252 im Vergleich mit §§ 255, 256, 315 Nr. 3, 319 Abs. 2), und zuweilen werden selbst Rechtsmittel darunter begriffen. S. § 65 Anm. 3. [Vgl. auch Hinschius im Rechtslex. I s. v. „Angriffs- und Vertheidigungsmittel", Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 47, Lippmann a. a. O. S. 426 u. vor allen Wach I S. 289 ff. Abweichend Schollmeyer, Zwischensteit S. 21 ff., Wilm. Levy § 137 Anm. 1.] Die Angriffs- und Vertheidigungsmittel (jedoch mit Ausnahme des Klagegrundes) bilden das bewegliche Element des Prozesses, wie die Ansprüche dessen festen Stoff (§§ 251, 491).

Unter den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln sind besonders hervorgehoben die „selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel". Die in § 137 gewählten Beispiele zeigen, daß darunter thatsächliche (und rechtliche) Anführungen von einer gewissen Geschlossenheit verstanden sind (im Gegensatz der sog. Hülfsthatsachen des R. E. § 394), welche eine besondere rechtliche Wirkung, sei es für den Anspruch des Anführenden oder gegenüber dem gegnerischen Anspruche, zu äußern bestimmt sind. Es gehören dahin z. B. die Sachlegitimation oder andere Präjudizialpunkte (Nordd. Prot. S. 297, Gaupp I S. 383, Brückner in Busch, Zeitschr. V S. 420. A. M. die dort angeführten Urtheile d. OLG. Jena u. Hoffmann a. a. O. S. 199), aber auch der Einwand der Zahlung, des Verzichts (vgl. § 262) sowie mehrere auf denselben Anspruch bezügliche Klagegründe bzw. Erwerbsgründe. In diesen Fällen ist die Selbständigkeit der Art, daß der daraus entstehende Streitpunkt sich zwar nicht, wie einzelne Ansprüche, zu einem getrennten Prozesse (§ 136), wohl aber zu einer getrennten Verhandlung (§ 137) und zur Entscheidung durch Zwischenurtheil (§§ 275, 426) eignet. Ebendeshalb

tritt der — seinem Wesen nach nur relative — Begriff in einen gewissen Gegensatz zur Klage, Widerklage und Gegenforderung, über welche nur durch Endurtheil zu entscheiden ist. [Wesentlich übereinstimmend: Endemann I S. 484 ff., Sarwey I S. 231, 232, Wach I S. 291 ff. u. Vortr. S. 32 u. 88, Fitting § 33 S. 107, Hinschius a. a. O., Schollmeyer, Zwischenstreit S. 48 ff., welche übrigens mit Recht das Gebiet auf die materiellen Rechtsbehelfe (materialia causae) beschränken und daher namentlich auch prozeßhindernde Einreden von dem Begriffe ausschließen (vgl. § 247 Abs. 1 im Gegensatz zu §§ 251 Abs. 1, 275 Anm. 1, 312 Anm. 3. A. M. in letzterer Hinsicht: Schepers a. a. O. S. 762, Seuffert § 137 Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 312, A. Förster § 137 Anm. 2), während andererseits die Beschränkung auf ein selbständiges thatsächliches Fundament (Kleiner I S. 537, Wach, Vortr. S. 32) sich nicht rechtfertigt, vielmehr auch ein auf einem bloßen Rechtsgrunde beruhender Einwand (z. B. der Verjährung, der mangelnden Handlungsfähigkeit) zum Gegenstand einer getrennten Verhandlung und eines Zwischenurtheils gemacht werden kann (so auch Gaupp I S. 383, Hoffmann a. a. O. S. 207 ff., Hellmann a. a. O. S. 311, A. Förster a. a. O.), dagegen nicht eine bloße von Amtswegen zu prüfende Rechtsfrage (Schollmeyer a. a. O. S. 62), noch weniger einzelne thatsächliche Voraussetzungen der Klage, einer Einrede u. s. w. (s. Beispiele bei v. Krämel im civ. Arch. 66 S. 314 ff.) oder die That- und die Rechtsfrage getrennt. Abweichend: Hellmann I S. 439 u. Lehrb. a. a. O., welcher „selbständig" versteht als „unabhängig von einem anderen prozessualen Verhalten des Angreifenden bzw. des sich Vertheidigenden" und damit z. B. die Behauptung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses oder der Aktivlegitimation (Erbfolge, Cession u. dgl.) ausschließt, und theilweise Petersen §§ 136, 137 IV 1.]

Bloße Beweismittel und Beweiseinreden gehören nicht hierher; sie sind zwar „Angriffs- oder Vertheidigungsmittel" (s. oben), aber nicht „selbständige". (So auch Endemann I S. 488, Gaupp I S. 383, Wach, Vortr. S. 32 Anm. **, Schollmeyer Zwischenstreit S. 48, 54 ff., Hinschius a. a. O. S. 111 u. A.) Ebensowenig gehört das sog. indirekte Leugnen hierher.

In Bezug auf die Art der Ausübung der Trennungsbefugniß entscheidet das freie Ermessen des Gerichts, welches selbstverständlich durch den Zweck der Trennungsbefugniß geleitet werden muß (s. Schollmeyer, Kompens. S. 131 ff.). Dieselbe kann von Amtswegen, selbstverständlich aber auch auf Antrag der Parteien ausgeübt werden. Wegen der Rechtsmittel s. § 141 Anm. 1. Uebrigens bedarf es keines ausdrücklichen Beschlusses; die Trennung kann vielmehr auch mittels Zwischenurtheils erfolgen (s. Schollmeyer a. a. O. S. 134. A. M. Schepers a. a. O. S. 868).

§ 136.

1) Abs. 1: — „mehrere — — Ansprüche" — Hierdurch wird nicht nur die objektive (§ 232), sondern auch die subjektive Klagenhäufung (§§ 56, 57) getroffen (s. Mot. S. 135, Seuffert Anm. 3a, Petersen §§ 136, 137 II 1, Endemann I S. 485 u. A. A. M. Siebenhaar S. 182). In den Fällen des § 59 wird jedoch aus sachlichen Gründen eine Trennung niemals zulässig sein. (Uebereinstimmend: Sarwey I S. 228, Schepers a. a. O. S. 755, Seuffert a. a. O.) Auch die Präjudizial-Inzidentklage fällt an sich unter den Abs. 1 (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2); der Richter würde aber durch eine Trennung dem Zwecke jenes Instituts, widersprechende Entscheidungen zu verhüten, geradezu entgegenhandeln. (So auch Schepers a. a. O. S. 556, Seuffert a. a. O. A. M. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 31 ff.) Vgl. § 253 Anm. 2.

Die Verweisung der Widerklage zum besonderen Prozesse ist nur im Falle des Abs. 2 gestattet.

2) Abs. 2. Diese Bestimmung soll einer Verschleppung des Prozesses durch Geltendmachung weit aussehender Kompensationseinreden entgegen treten und somit dasselbe erreichen, was andere Gesetzgebungen durch Aufstellung des Erfordernisses der Liquidität oder Liquidabilität der Gegenforderungen erstrebt haben (Mot. S. 134, 135). [Vgl. L. ult. C. de comp.

[4, 31]; Preuß. ALR. I 16 §§ 359 ff.; AGO. I 19 § 5; Code civ. art. 1291.] Soweit diese Vorschriften ein materielles Erforderniß der Kompensation aufstellen — was aber hinsichtlich des gemeinen Rechts nicht behauptet werden kann (Windscheid, Pand. II § 350 Anm. 12, Mandry S. 388 Anm. 18 und noch weniger hinsichtlich des preußischen (RG. XII S. 254, Rechtspr. d. RG. i. StrS. V S. 442 ff., Mandry a. a. O., Förster (Eccius) I § 94 Anm. 66, S. 686, Dernburg II § 106, S. 251 Anm. 5. A. M. Wilm. Levy S. 201), wohl aber hinsichtlich des französischen — bleiben dieselben unberührt (vgl. Seuffert Anm. 3b, Petersen §§ 136, 137 III 4, Gaupp I S. 386, Wilm. Levy a. a. O., Schollmeyer: Kompens. S. 36 ff. A. M. Puchelt I S. 400, welcher die fraglichen Vorschriften sämmtlich für beseitigt hält). Dagegen bleiben selbstverständlich alle Vorschriften über Unzulässigkeit der Kompensation gegen einzelne Arten von Forderungen (vgl. z. B. L. 11 pr. Cod. dep. [4, 34], L 3, 7, 14 § 1 i. f., § 2 Cod. de comp. [4, 31], Preuß. ALR. I 16 §§ 363—370) als materiell-rechtliche bestehen; desgl. die Vorschriften über die Wirkungen der Kompensation.

Ueber die Voraussetzungen des Trennungsrechts vgl. hauptsächlich Schollmeyer a. a. O. S. 130 ff. Dasselbe findet auch gegenüber der Klage einer Konkursmasse (vgl. KO. § 47) statt (RG. in RAnz. 1884 b. Beil. 7 S. 9).

3) Der allgemeine Ausdruck „Gegenforderung" umfaßt (abweichend von dem N. E.) sowohl die Widerklage wie die Einrede (Mot. S. 135). Das Retentionsrecht gehört aber nicht hierher, selbst wenn dasselbe auf einer mit der Klage nicht in rechtlichem Zusammenhange stehenden Forderung (vgl. z. B. HGB. Art. 313 ff.) beruht, weil es nicht wie die Kompensationseinrede, einen der Rechtskraft fähigen Anspruch darstellt. (So auch Siebenhaar S. 185, Endemann I S. 485, Gaupp I S. 384, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 3b a. E.; vgl. auch RG. VIII S. 364 u. § 491 Anm. 6. A. M. Petersen §§ 136, 137 III 2.) „Gegenforderung" bedingt einen dem Inhalte nach obligatorischen Anspruch. (So auch Petersen a. a. O., Sarwey I S. 230 ff., Schepers a. a. O. S. 755 u. A. A. M. Löning a. a. O., welcher den Ausdruck mit „Gegenanspruch" in § 33 für gleichbedeutend erachtet und die abweichende Fassung aus N. E. § 316 Abs. 2 erklärt, A. Förster Anm. 3 u. jetzt auch Seuffert a. a. O.)

Nicht hierher gehört die Replik der Kompensation (A. M. Puchelt I S. 400).

4) Beschränkt ist die Trennungsbefugniß auf den Fall, daß die Gegenforderung mit der Hauptforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, d. h. daß nicht Haupt- und Gegenforderung aus demselben Rechtsverhältniß entspringen, weil beim Vorhandensein eines solchen Zusammenhangs eine zutreffende Entscheidung nur abgegeben werden kann, wenn ein und dasselbe Urtheil das Rechtsverhältniß seinem ganzen streitigen Umfange nach zusammenfaßt und regelt. Bei zweiseitigen Verträgen kann daher eine getrennte Verhandlung der Klage und der aus dem Vertrage selbst entspringenden Gegenforderung nach § 136 Abs. 2 niemals stattfinden, während selbstverständlich eine Trennung nach § 137 zulässig ist. Bloße Identität des Gegenstandes (wie in § 33 — s. das. Anm. 2) ist hier nicht genügend (so auch Petersen §§ 136, 137 III 1, Hellmann I S. 437, Gaupp I S. 385, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Löning a. a. O. S. 91 ff.) und ebensowenig bloße Kompensabilität (Endemann I S. 486).

Abweichend von § 33 ist hier sowohl wie in §§ 138, 274 von rechtlichem Zusammenhange die Rede; bei einem blos thatsächlichen Zusammenhange zwischen Forderung und Gegenforderung ist daher eine Trennung zulässig (Prot. S. 61. A. M. Sarwey I S. 231).

5) Die Wirkungen der eingetretenen Rechtshängigkeit werden durch die erfolgte Trennung nicht berührt. Es bedarf keiner neuen Einleitungsformen für die Geltendmachung der Gegenforderung, auch wenn diese nur einredeweise geltend gemacht ist. Vgl. §§ 235 Anm. 1, 254, 293 Abs. 2. Vielmehr ist über dieselbe ohne Weiteres im getrennten Prozesse zu entscheiden. (So auch Hellmann I S. 438, Sarwey I S. 230, Endemann I S. 487, Gaupp I S. 386 ff., II S. 23 ff., 175 ff., Schepers a. a. O. S. 874, Wach, Vortr. S. 104 ff., Schollmeyer, Kompens. S. 8 ff. u. A.) Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher eine neue Klage er-

§ 137. Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken 2c.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

N. Entw. § 317. Entw. I. § 130. Entw. II. § 131. Entw. III. § 131. Mot. S. 134, 135. Prot. S. 55.

---

forderlich ist (Petersen §§ 136, 137 III 3 sowie in Busch, Zeitschr. I S. 93 ff., IV S. 301 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1 ff., Förster (Eccius) I S. 349 Anm. 59, S. 686 Anm. 66, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 742, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 48, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 358 ff., Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 5c, jetzt auch Seuffert Anm. 4 u. A.) ignorirt die (von jenen Schriftstellern, wie von Dernburg I § 127 S. 286, allerdings bestrittene) Rechtshängigkeit der Gegenforderung sowie den § 293 Abs. 2 und würde überdies, da auch § 686 bei solcher Konstruktion hier nicht hilft, zu einer Benachtheiligung des an sich zur Geltendmachung der Einrede berechtigten Beklagten führen (wie übrigens auch Petersen in Busch, Zeitschr. IV S. 304 anerkennt), während die Trennungsbefugniß grundsätzlich in die materiellen Rechte der Parteien nicht eingreifen will.

Aber den Gegenstand des besonderen Prozesses bildet doch immer die Kompensationseinrede als solche in ihrer wesentlich negativen Richtung. Es ist daher eine willkürliche Konstruktion, wenn Schollmeyer a. a. O. S. 136 ff. — im Resultate übereinstimmend mit denen, welche die Rechtshängigkeit der Gegenforderung leugnen, ausgenommen Wilm. Levy a. a. O. — aus der vermeintlichen Eigenschaft der Kompensationseinrede als einer „unentwickelten Widerklage" die Zulässigkeit einer Verurtheilung des ursprünglichen Klägers zur Zahlung der Gegenforderung ableitet; die Natur der Einrede bringt es mit sich, daß nur auf deren Verwerfung oder dahin, daß die Einrede begründet sei, erkannt werden kann. Die Parteirollen bleiben (ähnlich, wie im Nachprozesse des Urkundenprozesses) unverändert. Das ergehende obsiegliche Urtheil ist, ähnlich wie in dem Falle des § 274, dem etwa vorausgegangenen Urtheil in der Hauptsache gegenüber zur Geltung zu bringen. Die (namentlich von Petersen gerügte) Anomalie, daß in getrennten Prozessen über dieselbe Forderung entschieden wird, erklärt sich zur Genüge aus dem Gedanken der CPO., daß die Gegenforderung eine besondere Form des „Anspruchs" bildet, und die Entscheidung darüber einer materiellen Rechtskraft fähig ist, während das Gesetz andererseits nirgends andeutet, daß die Trennung nicht bloß einer Verschleppung des Hauptprozesses vorbeugen, sondern einer Verwerfung der Einrede (wegen mangelnder Liquidität) gleichkommen soll. [Mit dieser Auffassung stimmt im Wesentlichen überein Gaupp a. a. O. Vgl. auch Wilm. Levy a. a. O. u. (im Uebrigen abweichend) Förster (Eccius) I S. 686 Anm. 66.]

6) Eine Konsequenz der Vorschrift des § 136 Abs. 2 ist die Bestimmung des § 274, daß die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durch Theilurtheil — erfolgen kann. Vgl. § 274 Anm. 1.

7) Nach der Trennung sind die Gerichtsgebühren für jeden Prozeß besonders zu berechnen (GKG. § 11).

§ 137.

1) Die Trennung der Verhandlungen ändert selbstverständlich nichts in der Rechtshängigkeit. Sie kann ein Zwischenurtheil (§ 275), aber auch ein Endurtheil (§ 272) zur Folge haben. Ersteres setzt übrigens nicht nothwendig eine stattgefundene Trennung der Verhandlungen voraus (§ 275).

2) Die Trennung ist mit Rücksicht auf den Grund der Vorschrift auch dann zulässig, wenn einem Angriffsmittel nur ein Vertheidigungsmittel gegenübersteht. (Vgl. Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 389, Schepers a. a. O. S. 763, H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 306 u. A.) Sie kann aber, weil die Widerklage sich nicht auf denselben „Anspruch" bezieht, nicht in der Weise erfolgen, daß zunächst über die Hauptklage unter Aussetzung der Widerklage oder umgekehrt zu verhandeln sei; hier ist nur Trennung nach § 136 oder im Falle der Präjudizialität

§ 138. Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

N. Entw. § 318. Entw. I. § 131. Entw. II. § 132. Entw. III. § 132. Mot. S. 80, 136. Prot. S. 55.

---

der Vor- oder der Widerklage Aussetzung nach § 139 zulässig. (Vgl. auch Kleiner I S. 539, Löning a. a. O. S. 162 Anm. 211, Endemann I S. 489, Seuffert Anm. 2 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 450.)

3) Nach Beendigung der Verhandlung über die zunächst zur Verhandlung bestimmten Punkte — sei es durch Zwischen- oder Theilurtheil oder auf andere Weise (z. B. durch Vergleich) — hat der Vorsitzende, abgesehen von den Fällen, in denen erst nach eingetretener Rechtskraft eines Urtheils weiter verhandelt werden kann (§§ 248, 276), von Amtswegen Termin zur Verhandlung der ausgesetzten Punkte anzuordnen (§ 127 Abs. 3, Schepers a. a. O. S. 874, 875). Anders bei getrennten Prozessen (§§ 136, 137 Anm. 1 a. E.).

§ 138.

1) Der Trennungsbefugniß entspricht auf der anderen Seite die Befugniß des Gerichts, bei ihm anhängige, im Wege der Klage oder Widerklage erhobene Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Voraussetzung ist entweder ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den den Gegenstand der Prozesse bildenden Ansprüchen oder die Zulässigkeit der Klagenhäufung bezüglich derselben. Ersterer hat hier dieselbe Bedeutung wie in § 136 (s. das. Anm. 4, Endemann I S. 491, Hellmann I S. 442, Petersen § 138 Nr. 1, Gaupp I S. 390, 391, u. jetzt auch Seuffert Anm. 1). Ueber die Erfordernisse der Klagenhäufung s. §§ 56, 57, 232. Die Verbindung kann noch in der höheren Instanz erfolgen (vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 169, 172).

Eine besondere Bestimmung enthält § 836.

Auch bei verschiedenen Kammern (Senaten) desselben Gerichts anhängige Prozesse können mit einander verbunden werden. Die Voraussetzungen der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen sind jedoch im GVG. so bestimmt fixirt, daß deren Durchbrechung im Wege der Verbindung nach § 138 nicht zulässig erscheint. (So auch Seuffert a. a. O., Gaupp I S. 391, Sarwey I S. 232, Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXV S. 483 Anm. 123 u. A. A. M. Hellmann I S. 412; zweifelhaft Ude in Busch, Zeitschr. V S. 331.)

2) Die Wirkung der Verbindung besteht in der „gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung" der Prozesse. Von dem Zeitpunkt der Verbindung an wird also, wie auch die Mot. hervorheben, eine objektive bzw. subjektive Klagenkumulation von Amtswegen angeordnet, und es treten bei der letzteren die mehreren Personen in das Verhältniß von Streitgenossen zu einander (vgl. §§ 56, 57 Anm. 3). [So auch Petersen § 138 Nr. 3, Seuffert Anm. 5, A. Förster Anm. 4, RG. V S. 354, VI S. 416, Gruchot, Beitr. XXVIII S. 991. A. M. Gaupp I S. 392 und Wilm. Levy Anm. 1, welche nur eine äußere Vereinigung annehmen.] Für die Berechnung der Revisionssumme sind daher auch die Streitwerthe zusammen zu rechnen (Seuffert, Arch. 39 Nr. 264 — ob.LG. f. Bayern). Vgl. § 508 Anm. 3.

3) Die prozessualische Form, in welcher die Verbindung ausgeführt wird, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Die Verhandlung des Prozesses, in welchem die Verbindung beschlossen wird, ist, sofern nicht in beiden Prozessen Termin auf denselben Tag angesetzt ist, zu vertagen, und zu dem neuen Termin, welcher in dem die Verbindung verkündenden Beschlusse sofort anzusetzen ist, hat die betreibende Partei die Gegenpartei auch in den anderen Prozessen bzw. die Parteien der anderen Prozesse (für welche § 195 hier nicht wirksam ist) zu laden. Rücksichtlich des letzteren Falls bietet § 60 einen zutreffenden Anhalt. (A. M. Gaupp I S. 392,

§ 139. Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

N. Entw. § 319. Entw. I. § 132. Entw. II. § 133. Entw. III. § 133. Mot. S. 136. Prot. S. 55.

Seuffert Anm. 4 und Wilm. Levy a. a. O., welche hier stets eine Offizialthätigkeit des Gerichts eintreten lassen.)

4) Nach erfolgter Verbindung sind die Gerichtsgebühren (Entscheidungsgebühr, Beweisgebühr) nach dem zusammengerechneten Gegenstande beider Prozesse zu bemessen (§ 5, GKG. §§ 9, 11; s. auch RG. V S. 356).

§§ 139, 140.

1) Die §§ 139 u. 140 handeln von der Befugniß des Gerichts, eine Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen Verfahrens auszusetzen. Dieses andere Verfahren kann sein entweder ein civilprozessualisches oder ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde oder ein Strafverfahren. In den beiden ersten Fällen (§ 139) ist Voraussetzung, daß für die Entscheidung des auszusetzenden Rechtsstreits das vor dem anderen Gerichte bzw. der Verwaltungsbehörde festzustellende Rechtsverhältniß einen Präjudizialpunkt (Vorfrage) bildet (vgl. darüber Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 53 ff.); in dem letzteren Falle (§ 140), daß sich im Laufe des Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist.

2) Die Aussetzung kann von Amtswegen wie auf Antrag der Parteien erfolgen. Sie folgt den allgemeinen Rechtsregeln von der Aussetzung des Verfahrens (vgl. § 229 Anm. 1); die Wirkungen bestimmen sich daher nach § 226.

Verzögert sich die Erledigung des anderen Rechtsstreits, des Verwaltungs- oder Strafverfahrens zu sehr, so kann das Gericht nach § 141 die angeordnete Aussetzung wieder aufheben, geeignetenfalls nach zuvoriger Androhung an eine der Parteien, binnen bestimmter Frist die Herbeiführung der Vorentscheidung zu erwirken.

Wegen der Ladung s. § 141 Anm. 2.

§ 139.

1) Bildet der Präjudizialpunkt den Gegenstand eines anderen Rechtsstreits, so kann die Aussetzung nur erfolgen, wenn dieser bereits anhängig ist. Ob ein präjudizielles Rechtsverhältniß vorliegt, entscheidet lediglich das bürgerliche Recht. Daß eine Entscheidung in dem anderen Rechtsstreite für die Parteien des auszusetzenden Rechtsstreits Rechtskraft begründe, ist nicht nothwendig (Seuffert Anm. 1. A. M. Gaupp I S. 393). Auch genügt es, wenn das im Streite befangene Recht (z. B. ein Erziehungsrecht) durch den anderen Rechtsstreit nur für die Zukunft in Frage gestellt wird (vgl. RG. in Blum, Urth. u. Anm. II S. 102). Insbesondere gehören hierher solche Fälle, in denen die Feststellungsklage des § 231 oder die Präjudizial-Inzidentklage oder Inzidentwiderklage des § 253 in einem anderen Prozesse erhoben worden ist. Anders, wenn der jetzt erhobene Anspruch selbst bereits anderweit anhängig ist; alsdann ist die Klage nach § 235 auf Grund der Einrede der Rechtshängigkeit abzuweisen (s. Prot. S. 542, 543; so auch RG. III S. 401). Wird die Einrede der Rechtshängigkeit nicht erhoben, so gehen beide Prozesse neben einander her; § 139 giebt in diesem Falle keine Aussetzungsbefugniß (vgl. auch Gaupp I S. 398, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 74, Wilm. Levy Anm. 1, Schollmeyer, Kompens. S. 46 Anm. 2, 47 — anscheinend widersprechend S. 68. — A. M. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 489 u. LG. das. VII S. 98).

In allen Fällen, in welchen der Präjudizialpunkt den Gegenstand eines anderen Rechtsstreits bildet, hängt die Aussetzung lediglich vom Ermessen des Gerichts ab („kann"). [Vgl.

§ 140. Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung

---

Schollmeyer, Zwischenstreit S. 35.] Indessen kann dieselbe zuweilen aus anderen Gründen nothwendig sein, z. B. § 588. Erfolgt die Aussetzung nicht, so bleiben die in den beiden Prozessen ergehenden Entscheidungen unabhängig neben einander bestehen (vgl. auch Endemann I S. 493).

Der § 139 wird auch entsprechende Anwendung finden in Fällen, in welchen in Folge eines Theilurtheils der Prozeß theils in erster, theils in zweiter Instanz anhängig ist; der Richter erster Instanz kann alsdann, wenn die Entscheidung zweiter Instanz für den in erster anhängig gebliebenen Theil präjudiziell ist, das Verfahren erster Instanz bis zur Entscheidung in der Berufungsinstanz aussetzen (vgl. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 165 Anm. 219). Auf die Kompensationseinrede bezieht sich § 139 nicht (s. Schollmeyer, Kompens. S. 143 ff.).

2) Ist das präjudizielle Rechtsverhältniß von einer Verwaltungsbehörde festzustellen, so kann die Aussetzung auch erfolgen, wenn das Verfahren vor letzterer noch nicht anhängig ist (Wilm. Levy Anm. 2). Ob ein solches präjudizielles Rechtsverhältniß vorliegt, hängt im Allgemeinen vom Verwaltungsrecht der einzelnen Bundesstaaten, in einzelnen Fällen von der Reichsgesetzgebung ab. Fälle der letzteren Art s. in §§ 39—42 d. Rayonges. v. 21. Dez. 1871 (RGBl. S. 459), §§ 150, 155 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (RGBl. S. 61), § 115 des Militärpensionsges. vom 27. Juni 1871 (RGBl. S. 275), §§ 36—40 der Strandungsordn. vom 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73 — RG. V S. 89), §§ 104, 106 der Seemannsordn. v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) § 120 a d. Ges. v. 17. Juli 1878 (RGBl. S. 199 — RG. II S. 63) u. s. w., Fälle der ersten Art s. in § 5 des preuß. Ges., betr. die Erweiterung des Rechtsweges, vom 24. Mai 1861 (GS. S. 241), § 23 des preuß. Pensionsges. vom 27. März 1872 (GS. S. 268) u. s. w. Ist, wie solches vorkommt (s. die obigen Fälle), daneben zugleich vorgeschrieben, daß die Präjudizialfrage nur von der Verwaltungsbehörde festgestellt werden kann und liegt dem Kläger die Einholung dieser Entscheidung ob, ehe geklagt werden darf, so tritt nicht Aussetzung der Verhandlung bis zur rechtskräftigen Entscheidung jener Frage ein (so Aufl. 2—4, Petersen S. 251 ff., Gaupp I S. 395 ff.), sondern die Klage ist wegen zeitweiliger Unzulässigkeit des Rechtsweges zur Zeit zurückzuweisen (Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy a. a. O., A. Förster Anm. 1 a. E. u. A.). Im Uebrigen hängt auch hier die Aussetzung vom Ermessen des Gerichts ab. (Vgl. namentlich Hauser in s. Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht IV S. 257 ff., 293; s. auch Wach I S. 87 Anm. 22, Schollmeyer, Kompens. S. 47 Anm. 1.) Erfolgt die Aussetzung, so ist das Gericht — abgesehen von positiven Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze — dennoch nicht an dieselbe gebunden.

Unter den „Verwaltungsbehörden" sind hier — im Gegensatz zu § 17 des GVG. — die Verwaltungsgerichte mitbegriffen; der betreffende Zusatz daselbst beruht auf einem Beschlusse der RTK., aus welchem keine weiteren Schlüsse gezogen werden dürfen (ebenso Endemann I S. 494, Petersen a. a. O. u. A.). Nicht hierher gehören dagegen die zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Justiz und Verwaltung berufenen Behörden (wie Sarwey I S. 234 gegen Endemann I S. 494 mit Recht bemerkt). Vgl. z. B. Preuß. Verordn. v. 1. Aug. 1879 § 7 (GS. S. 573) bei Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 521.

3) In beiden Arten von Fällen ist es gleichgültig, ob die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder ob sie nur zum Theil von der Präjudizialfrage abhängt; unter der letzteren Voraussetzung wird häufig eine Trennung (§§ 136, 137) angezeigt sein.

4) Die sog. exceptio praejudicii des gem. Rechts (vgl. Wetzell S. 853 ff., 872 Anm. 65a, Renaud S. 440 ff.,) findet nach der CPO. nicht mehr statt (s. RG. V S. 375. A. M. theilweise Seuffert Anm. 1).

§ 140.

1) In den Fällen des § 140 ist die Aussetzung stets fakultativ, da nach EG. z. CPO. § 14 die Entscheidung des Strafrichters den Civilrichter niemals bindet; weil letzterer aber thatsächlich sich meistens nach derselben richten wird (vgl. das. Anm. 3), so wird sich die Aussetzung

von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

N. Entw. § 320. Entw. I. § 133. Entw. II. § 134. Entw. III. § 134. Mot. S. 136. Prot. S. 55.

§ 141. Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

N. Entw. § 320. Entw. I. § 134. Entw. II. § 135. Entw. III. § 135. Mot. S. 136. Prot. S. 55.

---

in der Regel empfehlen, wenn im Uebrigen die Voraussetzungen vorliegen. § 140 ist auch im Urkundenprozesse anwendbar (RG. XIII S. 377).

2) — „sich — — — ergiebt" — Dies ist auch der Fall, wenn dem Civilgericht der Verdacht nach Eröffnung des Strafverfahrens entsteht, nicht blos — wie Endemann I S. 495 meint — wenn vor Eröffnung desselben der Ausgang desselben sich als erheblich für einen Civilprozeß herausstellt (vgl. Petersen §§ 139, 140 III 2, Seuffert Anm. 2, Sarwey I S. 235, 236 u. A.).

— „im Laufe eines Rechtsstreits" — d. h. so lange in dem Rechtsstreit noch nicht rechtskräftig — sei es auch durch bedingtes Endurtheil — erkannt ist, da nur bis zu diesem Zeitpunkte die Ermittelungen im Strafverfahren (abgesehen von § 541) Einfluß auf die Entscheidung haben können (Kühnas in Busch, Zeitschr. IX S. 279 ff.). Aus gleichem Grunde findet in der Revisionsinstanz eine Aussetzung nicht statt (RG. XI S. 365).

3) — „der Verdacht einer strafbaren Handlung" — sei es gegen eine Partei, einen sonst Betheiligten, z. B. Zeugen, oder auch einen beim Prozesse gar nicht Betheiligten (z. B. wegen Urkundenfälschung).

4) — „von Einfluß" — Die Ermittelung der strafbaren Handlung (z. B. eines Meineids) muß, wenngleich nur mittelbar (z. B. wegen der Zulässigkeit eines Zeugen), für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sein.

5) „Erledigung des Strafverfahrens" — vgl. StrPO. §§ 168 ff., 196, 203, 259, 431—433. Die Wiederaufnahme des Verfahrens findet nach Erledigung des Strafverfahrens auch von Amtswegen statt (vgl. § 141).

§ 141.

1) Weil die fraglichen Anordnungen lediglich prozeßleitender Natur sind, können sie von dem betreffenden Gerichte selbst zurückgenommen werden, die eine Trennung (§§ 136, 137) oder Verbindung (§ 138) betreffenden nur auf Grund mündlicher Verhandlung (s. auch Schollmeyer, Kompens. S. 168), die eine Aussetzung betreffenden (§§ 139, 140), wenn es sich um eine Aufhebung der Aussetzung handelt, auch auf Grund einer Beschlußfassung ohne zuvorige mündliche Verhandlung, mit schriftlicher Zustellung nach § 294 Abs. 3. [Vgl. Mot. S. 158 Nr. 4, Gaupp I S. 398, 400, Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 141 Anm. u. A. A. M.: Seuffert Anm. 4 u. A. Förster Anm. 1c, welche mit Unrecht annehmen, daß das Gericht ohne Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens durch die Parteien nicht in die Lage kommen kann, über die Aufhebung der Aussetzung zu beschließen, während doch die Veranlassung auch durch Dritte gegeben werden kann, z. B. durch die Anzeige des Strafrichters, daß das Strafverfahren in absehbarer Zeit nicht beendet werden kann (Wilm. Levy a. a. O.).] Aufhebung des Trennungsbeschlusses kann selbstverständlich nicht erfolgen, wenn die getrennten Prozesse bei verschiedenen Gerichten oder in verschiedenen Instanzen anhängig sind.

Außerdem findet gegen die auf eine Aussetzung bezügliche Anordnung — auch gegen die Ablehnung der Aufhebung (Wilm. Levy Anm. 5, Gaupp I S. 401, Petersen a. a. O., Schollmeyer a. a. O. u. A. A. M. v. Bülow Anm. 3, A. Förster a. a. O.) — nach § 229 Beschwerde statt, gegen die übrigen Anordnungen nach dem in § 530 ausgesprochenen Grundsatze nicht, weil diese Fälle in dem Gesetze nicht besonders hervorgehoben sind, und der Anordnung stets eine mündliche Verhandlung hat vorausgehen müssen. (Uebereinstimmend Sarwey I

§ 142. Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

N. Entw. § 322. Entw. I. § 135. Entw. II. § 136. Entw. III. § 136. Mot. S. 136. Prot. S. 55.

§ 143. Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

S. 236, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 247.) Dagegen können diese Anordnungen, wenn der Prozeß bzw. die Prozesse in Folge der Berufung gegen das Endurtheil in die zweite Instanz gelangen, unter Umständen auf Grund des § 473 der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterbreitet werden. (A. M. LG. Hall in Busch, Zeitschr. VII S. 507.) Letzteres kann alsdann nach seinem Ermessen für die Zukunft die Anordnung des ersten Richters bestätigen oder aufheben, darf aber nicht, wenn es über die Zweckmäßigkeit der Anordnung anderer Ansicht ist als der erste Richter, die Sache auf Grund des § 501 an das Gericht erster Instanz zurückverweisen, weil das Verfahren dieserhalb keinenfalls an einem wesentlichen Mangel leidet. (Uebereinstimmend Endemann I S. 495. A. M.: theilweise Gaupp I S. 400, 401, Petersen a. a. O., Schollmeyer a. a. O. S. 167 ff. u. A.)

2) Wird die Aussetzung von Amtswegen aufgehoben, so sind die Parteien von Amtswegen zu laden (§ 191 Anm. 2, Mot. S. 159, Gaupp I S. 398, Sarwey I S. 237, A. M.: Petersen a. a. O., Wilm. Levy Anm. 4, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 673); § 227 steht dem nicht entgegen (s. Kleiner I S. 542 ff.).

§ 142.

Von dieser Befugniß ist Gebrauch zu machen, wenn sich bei der Berathung ergiebt, daß die Sache in der einen oder anderen Beziehung nicht vollständig erörtert ist.

> „Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von Neuem eröffnet wird, so daß sich die wiedereröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als welche zur Wiedereröffnung den Anlaß gegeben haben" (Mot.).

Die wiedereröffnete Verhandlung ist zwar eine Fortsetzung der geschlossenen; gleichwohl aber kann in derselben gegen die Partei, welche früher bereits verhandelt hat, nach § 297 beim Ausbleiben ein Versäumnißurtheil erlassen werden (Seuffert Anm. 1, A. Förster Anm. 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 2). Andererseits darf die Wiedereröffnung nicht dazu dienen, der erschienenen Partei ihr Recht auf Versäumnißurtheil, welches sie durch die bereits vollendet vorliegende Versäumniß erworben hat, zu entziehen (Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 261). Sie ist also in diesem Falle unzulässig. — Beschwerde gegen die Anordnung (§ 530) findet nicht statt (vgl. § 141 Anm. 1).

Der Beschluß ist wie jeder andere Beschluß zu verkünden. Zu dem neu anzusetzenden Termine bedarf es zwar nach § 195 der Ladung nicht, die Ladungsfrist ist aber dennoch einzuhalten, weßhalb — abgesehen von dem Einverständnisse der Parteien — nicht unmittelbar nach der Verkündung zur Fortsetzung der Verhandlung geschritten werden kann (vgl. § 195 Anm. 1. A. M. in letzterer Hinsicht Seuffert Anm. 1). Ist ausnahmsweise bei Verkündung jenes Beschlusses ein Verhandlungstermin nicht verkündet, so ist letzterer von Amtswegen anzuberaumen, und sind die Parteien zu demselben von Amtswegen zu laden (vgl. § 191 Anm. 2c, Wilm. Levy § 195 Anm. 1, Sarwey I S. 237).

§ 143.

1) Abs. 1: Ueber die Folgen der Untersagung des Vortrags vgl. § 144 Anm. 4 u. 5. S. auch Sten. Ber. d. RT. 2. Leg.-Per. IV. Sess. 1876 S. 173, 174.

Ist die Unfähigkeit der betreffenden Personen zum Vortrage gerichtskundig, so kann letzterer auch schon vor dem Beginn untersagt werden. (A. M. Gaupp I S. 403.)

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

N. Entw. §§ 128, 308. Entw. I. § 136. Entw. II. § 137. Entw. III. § 137. Mot. S. 136, 137. Prot. S. 55, 527.

§ 144. Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

N. Entw. § 329. Entw. I. § 137. Entw. II. § 138. Entw. III. § 138. Mot. S. 137. Prot. S. 55, 527.

Nicht hierher gehören die Fälle des GVG. §§ 187—189.

2) Abs. 2 bezweckt, den sog. Winkeladvokaten entgegenzutreten. — „Geschäftsmäßig" ist nach den Mot. im gewöhnlichen Sprachgebrauch genommen, so daß der Nachweis der Honorirung nicht geführt zu werden braucht. — Die Zurückweisung hängt von dem freien Ermessen des Gerichts ab; ein in der RTK. gestellter Antrag, statt „kann" zu setzen „hat", ist abgelehnt worden.

Der Abs. 2 bezieht sich nur auf „das mündliche Verhandeln", nicht auf schriftliche Eingaben und Aufsätze in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Diese sind durch die Reichsgesetzgebung keinen Schranken unterworfen. Die Vornahme derartiger Rechtsgeschäfte für Andere ist daher keine Anmaßung eines öffentlichen Amts nach § 132 des StGB., wogegen dieselbe auf Grund landesgesetzlicher Bestimmungen, welche die gewerbemäßige Winkeladvokatur verbieten, strafbar sein kann (Rechtspr. d. RG. in Str.S. III S. 121). [Der Ansicht von Vierhaus in Gruchot, Beitr. XXVII S. 665, daß § 29 Tit. 1 Th. III der AGO., welcher Zurückgabe der von Winkelkonsulenten verfaßten, von keinem Justizkommissarius unterschriebenen und legalisirten Vorstellungen androht — abgesehen von den besonderen in den Reichsjustizgesetzen hervorgehobenen Fällen, z. B. § 74 CPO. — aufgehoben sei, ist nicht beizutreten (vgl. auch A. Förster Anm. 2. a. E.).]

3) Abs. 1 u. 2 finden nach RAO. § 25 Abs. 3 keine Anwendung auf Stellvertreter von Rechtsanwälten sowie „auf die im Justizdienste befindlichen Rechtskundigen, welche mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt worden sind (GVG. § 2), wenn sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist, oder wenn sie unter Beistand des Rechtsanwalts die Vertretung der Parteirechte übernehmen." Dagegen fallen die gedachten Rechtskundigen, sofern sie noch nicht zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt sind, unter den § 143. Indessen wird von einer geschäftsmäßigen Vertretung (Abs. 2) nicht die Rede sein können, wenn und so lange sie als Vertreter eines Rechtsanwalts handeln. (Vgl. Sten. Ber. d. RT. 3. Legisl.-Per. II. Sess. 1878 S. 1468; s. auch Meyer, RAO. S. 42 ff., Völk, RAO. S. 52 ff., Gaupp I S. 404, Petersen § 143 Nr. 3, Seuffert Anm. 4.) Auch Gerichtsvollzieher außerhalb der in § 37 d. Preuß. GVG. bezeichneten Fälle unterliegen dem § 143.

§ 144.

1) § 178 des GVG. bestimmt, daß Parteien, Zeugen oder Sachverständige zur Aufrechthaltung der Ordnung vom Orte der Verhandlung entfernt werden können. § 144 der CPO. bestimmt nun die Folge, welche im Civilprozesse in Betreff der Verhandlung eintritt, wenn von jener Befugniß Gebrauch gemacht ist.

2) Der Hauptfall ist der, daß eine Partei selbst oder deren Bevollmächtigter entfernt worden ist. In diesem Falle treten — sofern nicht eine Verlegung beschlossen wird („kann") [Wach, Vortr. S. 118, Hellmann I S. 452] — die Folgen der freiwilligen Entfernung einer Partei bei der mündlichen Verhandlung ein, wie solche sich aus den Bestimmungen über das Ver-

§ 145. Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1. den Ort und den Tag der Verhandlung;

---

säumnißverfahren (§§ 295 ff.) ergeben. Dieselben gestalten sich verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht.

„Unter der ersteren Voraussetzung ist sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urtheil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachtheile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurtheile ihrem Vorbringen Schranken setzen. Unter der letzteren Voraussetzung ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§ 298), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnißurtheil zu erlassen“ (Mot.).

Wann aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, ist quaestio facti. Vgl. die Anmerkungen zu § 298.

3) In denjenigen Fällen, in welchen eine andere bei der Verhandlung betheiligte Person als die Partei, nämlich ein Zeuge oder Sachverständiger, entfernt ist (Nordd. Prot. S. 311), treten für die betreffende Person nachtheilige Folgen nur dann ein, wenn auch ihre freiwillige Entfernung einen Nachtheil für sie mit sich bringt, wie z. B. für einen Zeugen, wenn derselbe sich vor Beendigung seiner Vernehmung entfernt (vgl. § 345). Die Parteien können, wenn sie an der Anwesenheit der entfernten Person ein Interesse haben, die Vertagung der Verhandlung beantragen.

4) Nach dem zweiten Satze sollen die in dem ersten Satze hervorgehobenen nachtheiligen Folgen auch dann eintreten, wenn eine Person, welcher in Gemäßheit des Abs. 1 des § 143 der weitere Vortrag untersagt, oder welche in Gemäßheit des Abs. 2 das. zurückgewiesen ist, trotz der Untersagung oder Zurückweisung von Neuem erscheint. — Die Worte „bei einer früheren Verhandlung“ ergeben klar, daß die in § 144 ausgesprochenen Folgen nicht sofort in der Verhandlung, in welcher die Untersagung oder Zurückweisung erfolgte, eintreten können, daß vielmehr zunächst eine Vertagung der Verhandlung angeordnet werden muß. Ferner ist dabei offenbar vorausgesetzt, daß die frühere Verhandlung gerade wegen der Untersagung oder Zurückweisung vertagt war, wie solches § 329 des R. E. ausdrücklich ausspricht. Daß zufällig in irgend einer früheren Verhandlung eine Untersagung oder Zurückweisung derselben Person vorgekommen ist, genügt nicht. (Ebenso: Seuffert Anm. 4, Gaupp I S. 406, 407, Petersen § 144 Nr. 2, A. Förster Anm. 2a. A. M.: Wilm. Levy Anm. 2, Endemann I S. 500.) — In Folge der Zurückweisung erlischt übrigens die dem Zurückgewiesenen ertheilte Vollmacht, z. B. in Betreff der Zustellungen, nicht (Petersen a. a. O., Wilm. Levy Anm. 3).

5) Der Ungehorsam des bloßen Beistandes kann nach der prozessualen Stellung desselben keine unmittelbaren Nachtheile für die Partei haben. Ist aber die Partei selbst oder ihr Bevollmächtigter trotz der Untersagung oder Zurückweisung in dem Termine, auf welchen vertagt wurde, wieder erschienen, und wird die Untersagung oder Zurückweisung von Neuem ausgesprochen, so ist die Partei als nicht erschienen anzusehen und demgemäß auf Antrag gegen sie ein Versäumnißurtheil zu erlassen.

§§ 145—150.

Literatur: H. Meyer: Die Protokollführung im Civilprozeß, in Gruchot, Beitr. XXVII S. 303 ff. Derselbe: Protokoll und Urtheil im Civil- und Strafprozesse. Berlin, 1885. Kleinfeller: Die Funktionen des Vorsitzenden S. 68 ff.

Die Vorschriften der §§ 145—150 beziehen sich zunächst nur auf das über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte von dem Gerichtsschreiber (s. § 146 Anm. 7) aufzu-

2. die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
3. die Bezeichnung des Rechtsstreits;
4. die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
5. die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

N. Entw. §§ 360, 361. Entw. I. § 138. Entw. II. § 139. Entw. III. § 139. Mot. S. 137. Prot. S. 55.

§ 146. Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:
1. die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;
2. die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3. die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4. das Ergebniß eines Augenscheins;
5. die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
6. die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

N. Entw. § 362. Entw. I. § 139. Entw. II. § 140. Entw. III. § 140. Mot. S. 22–25, 137. Prot. S. 55–57, 665.

---

nehmende Protokoll (Sitzungsprotokoll). Der § 145 speziell führt die Formalien auf, welche im Protokolle stets angegeben werden müssen. Vgl. Str.PO. §§ 272, 273. Die Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeiten hat nicht ohne Weiteres Ungültigkeit des Protokolls zur Folge; die Beweiskraft eines solchen mangelhaften Protokolls unterliegt dem Ermessen des Gerichts (vgl. § 383 Anm. 1, 3). (So auch Sarwey I S. 240, Gaupp I S. 409, Seuffert § 145 Anm. 3, H. Meyer in Gruchot a. a. O. S. 307 u. A.) Besondere Bestimmungen hinsichtlich des durch das Sitzungsprotokoll zu führenden Beweises bzw. Gegenbeweises s. in den §§ 150, 285.

Hinsichtlich der Oeffentlichkeit und der Sitzungspolizei sowie der Gerichtssprache s. GVG. §§ 170 ff., 186 ff.

§ 146.

1) Der § 146 handelt davon, inwieweit der Inhalt der Verhandlung im Protokolle niedergelegt werden soll.

Der Abs. 1 stellt die Regel auf, daß im allgemeinen eine historische Schilderung der Vorgänge in der Verhandlung zu geben sei. Der Abs. 2 enthält sodann einige Einzelheiten, welche, wenn sie vorgekommen sind, stets festgestellt werden müssen, also nicht blos auf Antrag, sondern auch von Amtswegen, abgesehen jedoch von Nr. 2 (vgl. Anm. 3). Eine Feststellung setzt in den Fällen der Nr. 1—4 Vorlesung bzw. Vorlegung zur Durchsicht an die Betheiligten und Genehmigung bzw. Angabe der gegen die Genehmigung erhobenen Einwendungen voraus (§ 148).

2) Abs. 2 Nr. 1: Nicht hierher gehören bloße „Geständnisse"; diese sind nach § 270 Abs. 2 nur auf Antrag festzustellen. Ueber den Unterschied zwischen „Anerkenntniß" und „Geständniß" vgl. die Anm. zu den §§ 261—263, 278. Wegen der „Verzichtleistungen" s. § 277 Anm. 2; wegen der Vergleiche s. §§ 471 Abs. 2, 702 Nr. 1 und 2.

Die Feststellung der Anerkenntnisse und Verzichtleistungen muß — abweichend von den Anträgen — auch erfolgen, wenn dieselben in den vorbereitenden Schriftsätzen schon enthalten

§ 147. Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das

---

sind. Bezüglich der Nichtgenehmigung vgl. § 148 Anm. 1. Eine nähere Spezialisirung des Anerkenntnisses nach dem Grunde des Anspruchs oder gar nach den einzelnen, denselben begründenden Thatsachen ist nicht erforderlich (Mathes in Busch Zeitschr. VIII S. 177).

3) Nr. 2: Die Vorschriften darüber, inwieweit Anträge und Erklärungen festzustellen sind, finden sich in den §§ 269 und 270, für das amtsgerichtliche Verfahren in § 470 und für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen usw. in § 315. Vgl. auch § 569 Abs. 4.

4) Nr. 5: Vgl. H. Meyer in Gruchot a. a. O. S. 321 ff. Ueber den Unterschied zwischen Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen vgl. die Anmerkungen zu den §§ 272 und 294.

5) Die Bestimmungen des Abs. 3, wonach Feststellungen auch durch Ueberreichung von Schriftsätzen als Anlagen zum Sitzungsprotokolle erfolgen können, dient, wie die Erfahrungen des rheinischen Prozesses beweisen, wesentlich zur Beschleunigung. Die überreichten Schriftsätze können ganz formlos sein. Auch die vorbereitenden Schriftsätze können als Anlagen in diesem Sinne benutzt werden (Endemann I S. 508, Fitting § 41 Anm. 4, S. 134). In den Fällen der §§ 269 und 270 ist diese Art der Feststellung die allein zulässige. [Vgl. auch RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 199.]

6) Ein für die Landesgesetzgebung beantragter Vorbehalt, die stenographische Niederschrift der Verhandlung durch verpflichtete Stenographen anstatt des vom Gerichtsschreiber zu führenden Protokolls zu gestatten, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem darauf hingewiesen war, daß das Protokoll nicht dazu bestimmt sei, jedes gesprochene Wort, vielmehr nur die Ergebnisse der Verhandlung in knapper Form zu fixiren, daß übrigens selbstverständlich den einzelnen Bundesstaaten unbenommen sei, Gerichtsschreiber, welche stenographiren können, anzustellen.

7) Die Aufnahme des Protokolls ist an sich Sache des Gerichtsschreibers (Mot. S. 137), selbstverständlich unter Kontrole des Vorsitzenden (§ 149); ein Diktiren seitens des Letzteren kann — abgesehen etwa von einzelnen Punkten, z. B. Nr. 1, 5 — schon deshalb nicht stattfinden, weil darunter die mündliche Verhandlung erheblich leiden würde. Wird ausnahmsweise diktirt, so hat dennoch der Gerichtsschreiber nicht blindlings nachzuschreiben, sondern, wenn er gegen die Richtigkeit des Diktirten Bedenken trägt, diese geltend zu machen. Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorsitzendem und Gerichtsschreiber sind, wenn sie durch Besprechungen oder Nachfrage nicht ausgeglichen werden können, im Protokolle (oder am Rande desselben) zu bemerken; insoweit entbehrt dasselbe selbstverständlich der Beweiskraft. Bezüglich der Form der Protokollirung und der Frage, was (z. B. in Betreff des Ganges der Verhandlung) aufgenommen werden soll, ist der Gerichtsschreiber den Weisungen des Vorsitzenden unbedingt unterworfen. (So auch H. Meyer: Prot. u. Urth. S. 4 ff.) Die Aufnahme während der Verhandlung ist zwar die Regel (vgl. Nordd. Prot. S. 315), jedoch nur insoweit, als der Inhalt vorgelesen werden muß (§ 148), unbedingt nothwendig (so auch H. Meyer a. a. O. S. 2, 13. A. M. Wilm.-Levy § 145 Anm. 2, Seuffert Anm. 1), und auch jene Vorlesung kann auf Grund der Aufzeichnungen des Gerichtsschreibers, vorbehaltlich der späteren Abfassung des Protokolls selbst, erfolgen (Seuffert, Arch. 39 Nr. 141 — ob. LG. f. Bayern; dieses Urtheil geht jedoch zu weit, wenn es der Bestimmung des § 148 überhaupt nur instruktionelle Bedeutung beimißt). Vgl. § 148 Anm. 1. — Das Protokoll ist zu den Gerichtsakten (§ 271) zu nehmen.

§ 147.

§ 147 enthält eine Modifikation des § 146 Nr. 3.

Die Protokollirung darf nur unter der doppelten Voraussetzung unterbleiben, daß die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt (§ 320), und daß das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt (vgl. §§ 472, 474). Vernehmungen vor einem ersuchten oder beauftragten Richter

Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

N. Entw. § 363. Entw. I. § 140. Entw. II. § 141. Entw. III. § 141. Mot. S. 39–41, 187. Prot. S. 56.

§ 148. Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des §. 146 betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

N. Entw. § 364. Entw. I. § 141. Entw. II. § 142. Entw. III. § 142. Mot. — Prot. S. 56.

§ 149. Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende

---

(§§ 151, 340, 367) müssen daher stets zu Protokoll festgestellt werden, ebenso alle Vernehmungen vor dem Prozeßgerichte erster Instanz.

Ein Antrag, als dritte Voraussetzung hinzuzufügen, „daß die Fortsetzung der Verhandlung in der nämlichen Sitzung erfolgen kann" (s. Bayer. PO. Art. 419), wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von Seiten der Bundesregierungen die Erwartung ausgesprochen war, daß auch ohne ausdrückliche Bestimmung bei Vertagung der Verhandlung die Protokollirung die Regel bilden werde. Vgl. StrPO. § 271.

§ 148.

1) Durch die kategorische Fassung („ist — vorzulesen — — oder vorzulegen" bzw. — „ist — — zu bemerken") ist ausgedrückt, daß die Vorlesung (oder Vorlegung zur Durchsicht) und Genehmigung der betreffenden Theile des Protokolls etwas Wesentliches ist. Wird daher bei der Vorlesung der betreffende Satz (z. B. das Anerkenntniß, die Aussage der Zeugen u. s. w.) nicht genehmigt, so hat das Protokoll insoweit keine Beweiskraft. (So auch H. Meyer in Gruchot a. a. O. S. 311. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche nicht berücksichtigen, daß gerade das Erforderniß der Genehmigung ergiebt, daß die amtliche Konstatirung der Behörde zur Sicherung der Betheiligten nicht für ausreichend erachtet wird.) Andererseits gilt hier trotz der kategorischen Fassung nicht der Satz des § 150, daß die betreffenden Erklärungen nur durch das Protokoll erwiesen werden können. (Vgl. z. B. hinsichtlich der Vergleiche RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1102.) Unzulässig ist es aber, bei der Beweiswürdigung auf Grund des § 259 Angaben der Zeugen und Sachverständigen zu berücksichtigen, welche mit dem gehörig festgestellten Sitzungsprotokoll in Widerspruch stehen; insbesondere darf der Berufungsrichter auf derartige Angaben, die in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urtheils enthalten sind, seine Ueberzeugung nicht stützen (RG. XIII S. 418). Vgl. auch § 285 Anm. 1.

2) — „den Betheiligten" — d. h. in den Fällen des § 146 Nr. 1, 2, 4 den Parteien, in den der Nr. 3 den Zeugen bzw. Sachverständigen, nicht auch den Parteien. (So auch H. Meyer: Prot. u. Urth. S. 14, 15.)

3) Eine Verletzung des §. 148 muß nach § 267 in dem Verhandlungstermine, in welchem der betreffende Vorgang sich ereignet hat, z. B. die Zeugen vernommen sind, gerügt werden (RG. XII S. 436).

§ 149.

Die Unterschrift des Gerichtsschreibers ist unerläßlich. Ist sie unterblieben und nicht nachzuholen, so hat das Protokoll keine Beweiskraft. Auch die Unterschrift des Vorsitzenden bedingt, wo sie nach § 149 erforderlich, die Beweiskraft des Protokolls als einer öffentlichen Urkunde (vgl. § 380; Gaupp I S. 414, Wilm. Levy Anm. 1, H. Meyer in Gruchot a. a. O. S. 306 2c. A. M. Endemann I S. 511). Die Unterschrift anderer Betheiligten, z. B. Zeugen, Sachverständigen, ist niemals erforderlich.

Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

N. Entw. § 365. Entw. I. § 142. Entw. II. § 143. Entw. III. § 143. Mot. — Prot. S. 56.

§ 150. Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

N. Entw. § 366. Entw. I. § 143. Entw. II. § 144. Entw. III. § 144. Mot. — Prot. S. 56.

§ 151. Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

N. Entw. § 367. Entw. I. § 144. Entw. II. § 145. Entw. III. § 145. Mot. S. 138, 139. Prot. S. 56.

Zweiter Titel. **Zustellungen.**

§ 152. Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in

---

§ 150.

1) Vermöge dieser dem französischen Recht entlehnten Bestimmung (vgl. auch StrPO. § 274) ist namentlich ausgeschlossen, daß der Beweis der Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen — wesentlichen oder unwesentlichen (Rechtspr. d. RG. in StrS. III S. 586) — Förmlichkeiten (§ 145, nicht auch § 146 mit Ausnahme der Nr. 6 — weiter Seuffert Anm. 1, enger A. Förster Anm. 1) durch Berufung auf das Zeugniß der bei der Verhandlung betheiligten Personen, Richter, Gerichtsschreiber, Rechtsanwälte 2c. geführt werde. Das Sitzungsprotokoll liefert im Einklange mit dem in § 383 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden vollen Beweis.

2) Der Gegenbeweis bezüglich der Förmlichkeiten ist, abweichend von der Regel des § 383 Abs. 2, auf den Nachweis der Fälschung einschließlich der sog. intellektuellen Urkundenfälschung (vgl. StrGB. §§ 267, 271, 348, Rechtspr. d. RG. i. StrS. III S. 586. A. M. H. Meyer in Gruchot a. a. O. S. 323, der nur § 267 hierher rechnet) beschränkt. Dieser Nachweis kann durch alle überhaupt zulässigen Beweismittel erbracht werden. Ein besonderes Verfahren, wie nach französischem Recht (Code de proc. art. 214 ff.) findet nicht statt. Rücksichtlich des sonstigen Inhalts finden auf das Sitzungsprotokoll die Vorschriften der §§ 380 ff. unbeschränkte Anwendung.

Wegen des Verhältnisses zum Thatbestande s. § 285.

§ 151.

1) Ueber die außerhalb der Sitzung aufzunehmenden Protokolle enthält § 151, abweichend vom N. E., welcher in § 368 ausführliche Bestimmungen darüber giebt, nur die einzige Vorschrift, daß der Gerichtsschreiber zuzuziehen ist. Man darf aber wohl annehmen, daß auf diese Protokolle die Vorschriften der §§ 145—150, soweit der Gegenstand es zuläßt, entsprechende Anwendung finden sollen. (S. auch Gaupp I S. 417, H. Meyer: Prot. u. Urth. S. 8, 26 ff., Wilm. Levy Anm., Petersen § 151 Anm. A. M. in Bezug auf § 150: v. Kries: Die Rechtsmittel des Civilprozesses usw. S. 329, Seuffert Anm. 2.)

2) Unter „beauftragter Richter“ versteht die CPO. stets ein Mitglied des Gerichts elbst (deputatus collegii; über dessen Stellung zum Kollegium s. Wach I S. 328 ff.), unter „ersuchter Richter“ ein anderes Gericht. Nach dem in § 158 des GVG. über die Gewährung der Rechtshülfe aufgestellten Grundsatze muß dieses stets ein Amtsgericht sein.

3) Ueber Protokolle der Gerichtsvollzieher vgl. § 682; über Protokolle der Gerichtsschreiber (vgl. z. B. § 74 Abs. 2) finden sich keine besonderen Vorschriften.

anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

N. Entw. §§ 250, 257, 262. Entw. I. § 145. Entw. II. § 146. Entw. III. § 146. Mot. S. 140–143. Prot. S. 56, 57.

Zweiter Titel.

Mot. S. 36, 37, 138—140.

1) In der Lehre von den Zustellungen vor allem tritt die prinzipielle Stellung zu Tage welche die CPO. hinsichtlich des sog. Prozeßbetriebes (der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits, der Geschäftsvermittelung unter den Parteien wie zwischen Gericht und Parteien und der Verwirklichung des Urtheils) einnimmt. Bekanntlich stehen sich hier zwei Systeme schroff gegenüber, das des gemeinrechtlichen und altpreußischen Prozesses einerseits, wonach die Geschäftsvermittelung und insbesondere das Zustellungsgeschäft in die Hände des Gerichts und der von diesen zu beauftragenden Beamten (Gerichtsboten, Gerichtsdiener usw.) gelegt ist (Offizialbetrieb durch die Gerichte), und das des rheinisch-französischen Prozesses andrerseits, wonach die Geschäftsvermittelung ausschließlich den Parteien und den von diesen zu beauftragenden und ihnen verantwortlichen, selbständigen Organen (huissiers, Gerichtsvollzieher) obliegt (unmittelbarer Betrieb durch die Parteien, Passivität der Gerichte). Zwischen beiden hat die CPO. (im Anschluß an Hann. PO., H. E. und N. E.) einen Mittelweg einzuschlagen.

Ihr System läßt sich als das eines „modifizirten Parteibetriebes" bezeichnen. In der Hauptsache nämlich legt sie zwar, wie namentlich der an die Spitze gestellte § 152 ergiebt, das Prinzip des unmittelbaren Prozeßbetriebes durch die Parteien zu Grunde, obwohl ein allgemeiner Satz, wie NE. § 235: „Die Zustellungen erfolgen auf Betreiben der Parteien, soweit nicht dieses Gesetzbuch etwas Anderes enthält", nicht aufgenommen ist. Das Prinzip erleidet aber, wie auch die Mot. hervorheben, sehr wesentliche Modifikationen, und zwar:

I) hinsichtlich der Einleitung des Prozesses, indem bei der Einleitung eines Rechtsstreits bzw. einer Instanz der Vorsitzende des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins mitzuwirken hat (vgl. §§ 193, 233, 305 Nr. 3, 456, 458, 479 Nr. 3, 515 Nr. 3, 548, 570, 597);

II) hinsichtlich der Fortführung des Rechtsstreits bis zum Endurtheil, indem:

a) das Gericht regelmäßig für sofortige Anberaumung der nothwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte, Sorge trägt (vgl. §§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 323, 326—328, 335, 485, 520, 548) — im Gegensatz zum sog. Desaisirungsprinzip des französischen Rechts;

b) der beschlossene Beweis von Amtswegen auch beim Ausbleiben der Parteien aufgenommen wird (§§ 332, 333);

c) die Ladung der Zeugen und Sachverständigen sowie die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich in dem Besitze einer andern Behörde befinden, auf Betreiben des Gerichts erfolgt (§§ 342, 367, 397);

III) hinsichtlich der Zustellungen, indem:

a) im Parteiprozesse die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ertheilen kann (§ 152 Abs. 2) und hierfür sogar in Ermangelung einer gegentheiligen Erklärung eine Präsumtion spricht (§§ 154, 458);

b) die Ausführung der Zustellung im Auslande, an Exterritoriale und mittels öffentlicher Bekanntmachung von Amtswegen und ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers geschieht (§§ 182 ff., 186 ff.);

c) nicht verkündete Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts den Parteien von Amtswegen zugestellt werden (§ 294);

d) Urtheile in Ehesachen (§ 582) den Parteien und Beschlüsse in Entmündigungssachen (§§ 602, 619, 623, 625) dem Antragsteller usw. von Amtswegen zugestellt werden;
e) nach den §§ 730 Abs. 2 und 736 Abs. 3 der Gerichtsvollzieher nach der Zustellung eines Pfändungs- bzw. Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner den betr. Beschluß sofort (d. h. ohne daß er eines Auftrags des Gläubigers bedarf) dem Schuldner zuzustellen hat.

Wegen der Zwangsvollstreckung s. d. allg. Bem. z. Buch 8 Abschn. 1.

Literatur: Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 338 ff., 351 ff. und Vortr. S. 48 ff.; v. Canstein, Grundlagen des Civilprozesses S. 170 ff., 230 ff.; Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 620 ff., Wieding s. v. „Zustellung" im Rechtslexikon III S. 1477 ff., Hellmann Lehrb. S. 166 ff.

2) Die Vorschriften der CPO. über Zustellungen finden auch im Konkursverfahren (KO. § 65) sowie in Strafsachen (StrPO. § 37) und bei Zustellungen in Angelegenheiten des Ges., betr. die Reichskriegshäfen usw., v. 19. Juni 1883 § 7 (RGBl. S. 105) Anwendung.

3) Das Preuß. AG. z. CPO. § 1 hat die Anwendbarkeit der meisten Vorschriften dieses Titels über das Gebiet der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit hinaus auf andere gerichtliche und auf nichtgerichtliche Angelegenheiten erweitert. Vgl. auch Ges., betr. d. Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen, v. 4. März 1879 §§ 5, 31 u. v. 13. Juli 1883 § 4; Ges. betr. d. Zwangsvollstreckung gegen Benef.-Erben 2c. vom 28. März 1879 § 18, AG. z. KO. § 42, Ges., betr. d. Uebergangsbest. 2c., v. 31. März 1879 § 2 — Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 190, 240, 284, 294, 338.

§ 152.

1) Die Zustellung (über deren Begriff vgl. § 156 Abs. 1) durch Gerichtsvollzieher ist hier an die Spitze des Titels gestellt. Daneben besteht jedoch als völlig gleichberechtigt die Zustellung durch die Post (§§ 176 ff.). Die letztere Art der Zustellung ist erst in Folge eines Beschlusses des Bundesraths nach dem Vorbilde Preußens, Sachsens und Mecklenburgs in den Entwurf III aufgenommen. Daraus erklärt sich, daß die Zustellung durch Gerichtsvollzieher scheinbar die Regel, die durch die Post die Ausnahme bildet (in § 152 heißt es „erfolgen", in § 176 „können erfolgen"), während in Wirklichkeit beide gleiche Bedeutung haben (vgl. auch § 180). So ist das Verhältniß auch in den Mot. und der RTK. aufgefaßt worden (vgl. Prot. S. 430, 431). Vgl. § 179 Anm. 2.

Zustellungen durch andere Personen, z. B. Notare, sind unzulässig, desgleichen Zustellungen durch den Telegraphen (Mot. S. 142; vgl. jedoch § 809 Anm. 2, RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 82). Wegen der Zustellung von Anwalt zu Anwalt s. § 181.

2) Die Gerichtsvollzieher sind nach der Stellung, welche ihnen in diesem Titel — und namentlich in dem achten, von der Zwangsvollstreckung handelnden Buche (vgl. besonders § 674 Anm. 1) — angewiesen ist, öffentliche Beamte, welche in der Regel nicht nach den ihnen für den einzelnen Fall ertheilten Weisungen des Gerichts, sondern im unmittelbaren Auftrage der Prozeßparteien nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung der Zulässigkeit des Auftrags und unter eigener Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber handeln. (Vgl. Jastrow im civ. Arch. 68 S. 358 ff.) Im Auftrage des Gerichts handeln sie nur bei Zustellungen von Amtswegen (vgl. § 156 Anm. 3); alsdann sind sie lediglich als Beamte zu behandeln. — Die nähere Regelung ihrer Dienst- und Geschäftsverhältnisse ist nach § 155 des GVG. den Landesjustizverwaltungen bez. dem Reichskanzler überlassen. Hierher gehört auch die Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher; hinsichtlich der Zustellung durch die Post vgl. jedoch § 177 Anm. 2. Zu einer Substitution des zuständigen GV. ist der von der Partei angegangene unzuständige GV. nicht ohne Weiteres berechtigt (AM.: Gaupp I S. 424, 425, Wilm. Levy Anm. 2).

Ob der Gerichtsvollzieher und das in Betracht kommende Prozeßgericht demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören, ist unerheblich (GVG. § 161).

Eine Konsequenz der Stellung der Gerichtsvollzieher enthält die GO. f. GV. v. 24. Juni 1878 (RGBl. S. 166) § 19: „Schuldner der Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers ist bei Geschäften, welche von Amtswegen angeordnet werden, die Staatskasse, bei sonstigen Geschäften der Auftraggeber".

Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der bei dem Reichsgericht mit den Zustellungen zu beauftragenden Beamten ordnen die Vorschriften des Reichskanzlers v. 11. Mai 1883 (Centralbl. 1883 S. 159).

Für Preußen s. AG. z. GVG. § 73, Gerichtsvollzieherordn. v. 14. Juli 1879, Gesch.-Anw. f. d. Gerichtsvollzieher v. 24. Juli 1879 §§ 17 ff. (GVG. S. 155 Anm. 3). Eine neue Gerichtsvollzieherordnung ist unterm 23. Febr. 1885 erlassen (Just.Min.Bl. S. 55). An Stelle der §§ 121—137 der Gesch.-Anw. v. 24. Juli 1879 ist die Allg. Verf. v. 23. Febr. 1885 getreten (Just.Min.Bl. S. 68 ff.). Den inneren Dienst besorgen „Gerichtsdiener" (s. Dienstordn. v. 20. Febr. 1885 — das. S. 65 ff.). — Die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher umfaßt den Landgerichtsbezirk ihres amtlichen Wohnsitzes (s. Gerichtsvollzieherordn. v. 1885 §§ 16, 17); wegen ihres sachlichen Geschäftskreises s. §§ 18—21 das.; wegen Vertheilung der von Amtswegen angeordneten oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers übertragenen Geschäfte unter mehrere Gerichtsvollzieher s. § 22 das.

Wegen der Gebühren der Gerichtsvollzieher für Zustellungen s. §§ 2, 3 d. GO. f. GV. (in d. Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881), wegen der Auslagen §§ 13, 14 das.

3) Abs. 2: In Anwaltsprozessen ist die unmittelbare (d. h. ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers geschehende) Beauftragung des Gerichtsvollziehers durch den Anwalt obligatorisch. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Anwalt selbst oder die Partei dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zustellung ertheilt, sofern nur die Zustellung selbst Namens des Anwalts erfolgt (vgl. § 74 Anm. 3, Wilm.-Levy § 74 Anm. 3, Wach I S. 608, 612, RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 263; vgl. auch RG. IX S. 348. A.M. Hellmann I S. 467). In amtsgerichtlichen Prozessen ist mit Rücksicht auf die in denselben handelnden rechtsunkundigen Parteien jeder Partei die Wahl gelassen, entweder den Gerichtsvollzieher unmittelbar mit der Zustellung zu beauftragen oder den Gerichtsschreiber anzugehen, für die Zustellung Sorge zu tragen. Hat die Partei dem Gerichtsschreiber nicht ausdrücklich erklärt, den ersten Weg einschlagen zu wollen, so ist nach § 154 anzunehmen, daß sie den zweiten Weg gewählt habe. (Vgl. auch die ausdrücklichen Vorschriften der §§ 458, 462.) Der Gerichtsschreiber hat alsdann seinerseits einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zu beauftragen (§§ 152 Abs. 2, 154; GVG. § 162) oder aber unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung zu ersuchen (§ 179 Anm. 2). Daß damit nicht die Befugniß der Partei hat bestritten werden sollen, den einen oder anderen Weg in bestimmter Weise vorzuschreiben, geht schon aus der in § 179 Anm. 2 a. E. enthaltenen Bemerkung hervor. (Uebereinstimmend: Wilm. Levy Anm. 4 a. E., jetzt auch Petersen § 152 Nr. 3 u. A.) Der Gerichtsschreiber gilt in diesen Fällen gleichfalls als im Auftrage der Partei, nicht des Gerichts handelnd. In manchen Fällen ist allerdings der Wille der Partei, eine Zustellung besorgen zu lassen, mit Nothwendigkeit vorauszusetzen (vgl. z. B. §§ 67, 70, 227, 629, 730, 671), weil erst die Zustellung der anderweit ausgedrückten Absicht Genüge leistet. Aber keineswegs gilt eine Ausnahme hinsichtlich der Erfordernisse eines Parteiauftrags (vgl. § 288 Abs. 1) für die Zustellung amtsgerichtlicher Urtheile überhaupt. [Die entgegengesetzte Ansicht von H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXIV S. 50 ff. widerlegt erschöpfend Kurlbaum das. S. 62 ff.; dieselbe ist auch von H. Meyer selbst in „Zustellung von Amtswegen" S. 2 aufgegeben. Vgl. auch Wilm. Levy § 154 Anm. 2, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 476 ff. u. A.]

4) Auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter als solches (vgl. jedoch §§ 315 Anm. 2, 316 Anm. 3) findet die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers nicht Anwendung. (Uebereinstimmend: Puchelt I S. 418 Anm. 5, Endemann I

§ 153. Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

N. Entw. § 260. Entw. I. § 146. Entw. II. § 147. Entw. III. § 147. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 57.

S. 523, Gaupp I S. 428, Seuffert Anm. 3 und jetzt auch Petersen § 154 Nr. 1. A.M.: Sarwey I S. 248, 273, Kleiner I S. 566, welche mit Unrecht davon ausgehen, daß unter „Anwaltsprozeß" blos dasjenige Verfahren verstanden werde, für welches nach § 74 Abs. 1 Anwaltszwang bestehe.) Der § 74 ergiebt nach der im Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung deutlich, daß „Anwaltsprozeß" ein Prozeß im Ganzen ist, in welchem sich die Parteien durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen müssen, und daß innerhalb dieses Anwaltsprozesses die Vorschrift des Abs. 2 eine Ausnahme bildet, keineswegs aber das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter — oder auch die von dem Gerichtsschreiber vorzunehmenden Prozeßhandlungen — im Gegensatz zum Anwaltsprozesse gedacht ist. Auch wo sonst der Ausdruck „Anwaltsprozeß" in der CPO. vorkommt (vgl. z. B. §§ 83, 120 Abs. 1, 121 Nr. 6, 128 Abs. 4, 156 Abs. 2, 221; s. auch GVG. § 189 Abs. 2), umfaßt er dem ganzen Zusammenhange nach zugleich das im Laufe eines solchen Prozesses vorkommende Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter im Gegensatz zu dem Ausdruck „insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist" (vgl. z. B. §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3), welcher außer dem Verfahren vor den Amtsgerichten auch dasjenige vor einem beauftragten oder ersuchten Richter in sich schließt. Zu der Annahme, daß von dieser durchgehenden Terminologie in § 152 abgewichen sei, liegen hinreichende Gründe nicht vor. Insbesondere sprechen die Mot. (S. 144) nicht dafür, da der Ausdruck „namentlich" in dem Satze „in allen Fällen, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, namentlich also im amts- und handelsgerichtlichen Verfahren", auf welchen die Gegner besonders Gewicht legen, sehr wohl — wie die folgende auf das amtsgerichtliche Verfahren sich beziehende Ausführung der Mot. ergiebt — in einem restriktiven Sinne verstanden werden kann. Auch liegt in einem Prozesse, in welchem jede Partei ohnehin einen Anwalt haben muß, kein Bedürfniß vor, für einzelne Abschnitte eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zu gestatten; im Gegentheil kann leicht Verwirrung dadurch entstehen.

5) § 152 hat, wie der ganze zweite Titel, zunächst die Zustellungen, welche im Auftrage einer Partei geschehen, vor Augen, findet aber auch auf die von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen Anwendung (vgl. §§ 156 Abs. 2, 173 Abs. 4, 174 Nr. 2, Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. §§ 18, 19, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 152 Nr. 2 u. A.). Die letzteren erfolgen im Anwalts- wie im Parteiprozesse stets durch Vermittelung des Gerichtsschreibers als Beauftragten des Gerichts (vgl. Mot. z. GVG. S. 182).

§ 153.

1) Der Abs. 1 hat das Verhältniß zwischen der auftraggebenden Partei und dem Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber vor Augen. In dieser Beziehung genügt ein mündlicher oder auch ein stillschweigend ertheilter (übereinstimmend: Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 20, Petersen § 153 Nr. 1, Gaupp I S. 426 u. A. A. M. Endemann I S. 524) Auftrag, um Rechte und Pflichten zwischen denselben zu begründen. Ein Ablehnungsrecht steht dem Gerichtsvollzieher nicht zu, soweit er nicht thatsächlich oder rechtlich behindert ist (GVG. § 156, Preuß. GVO. § 35 Abs. 1, ALR. I 13 § 13).

2) Der Abs. 2 regelt das Verhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Dritten, welchem zugestellt werden soll. Letzterer kann nicht den Nachweis der Auftragertheilung verlangen, sondern hat nöthigenfalls seinerseits den Beweis zu erbringen, daß ein derartiger Auftrag dem Gerichtsvollzieher nicht ertheilt worden sei.

§ 154. Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

N. Entw. §§ 261, 501. Entw. I. § 147. Entw. II. § 148. Entw. III. § 148. Mot. S. 148. Prot. S. 63, 64.

§ 155. Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

N. Entw. §§ 251, 255. Entw. I. § 148. Entw. II. § 149. Entw. III. § 149. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 57, 58, 529.

---

3) Zweifelhaft ist es, ob die Vermuthung des Abs. 2 auch gegenüber der angeblich betreibenden Partei gilt, diese also nöthigenfalls nachzuweisen hat, daß sie keinen Auftrag ertheilt habe (so Endemann 1 S. 524, Bolgiano S. 345, Sarwey I S. 249 u. A. A. M.: Petersen § 153 Nr. 2, Gaupp I S. 426, 427, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 2, jetzt auch Seuffert Anm. 1 u. A.) Dafür spricht die allgemeine Fassung des Textes und der Wortlaut der Mot. „Da dem Gerichtsvollzieher publica fides beiwohnt, so rechtfertigt es sich, bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen, daß jede von ihm bewirkte Zustellung im Auftrage der interessirten Partei erfolgt sei." Dagegen kommt aber überwiegend in Betracht, daß die Mot. vorher sagen: „Beide (nämlich der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher) bedürfen dem Requisiten oder Dritten gegenüber keines Auftragnachweises (Vollmacht)" — vgl. auch Mot. z. PE. § 147 — und daß kein Grund vorliegt, den Gerichtsvollzieher im Widerstreit mit allgemeinen Grundsätzen der eigenen Partei gegenüber günstiger zu behandeln als den Anwalt. Vgl. auch §§ 675, 676.

4) § 153 findet auch für den Fall entsprechende Anwendung, daß der Gerichtsschreiber unmittelbar die Zustellung durch die Post besorgt (§ 179).

§ 154.

1) „Insoweit — zulässig ist" — vgl. § 152 Anm. 3, 4, GVG. § 162.

— „hat — zu beauftragen" — Er kann aber auch, falls die Partei nicht das Gegentheil vorschreibt, Zustellung durch die Post wählen (vgl. § 179 Anm. 2) und wird dieser nach § 180 sogar in der Regel den Vorzug geben müssen.

2) — erforderlichen" — d. h. nach der irgendwie erklärten Absicht einer Partei (vgl. § 152 Anm. 3, Kurlbaum in Gruchot, Beitr. XXIV S. 63, 64).

3) Für die Gebühren des Gerichtsvollziehers haftet nur die Partei (Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 20).

§ 155.

1) Abs. 1: „Die Partei" — bei den Zustellungen von Amtswegen (§§ 294, 342, 367, 582, 602 u. s. w.) der Gerichtsschreiber. Der Gerichtsvollzieher ist zur Anfertigung der Abschriften niemals verpflichtet, wenngleich durch den Zustellungsauftrag stillschweigend ermächtigt.

„Urschrift" — Konzept oder Ausfertigung (vgl. § 173, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 305).

— „des zuzustellenden Schriftstücks" — vgl. § 156 Anm. 2.

— „der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist" — vgl. § 157 Anm. 5.

„Abschriften" — bzw. Ausfertigungen, wenn solche zuzustellen sind (§ 156 Abs. 1).

2) Der Abs. 2, welcher auf einem Beschlusse der RTK. beruht, bezweckt die Kontrole über

§ 156. Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

N. Entw. § 252. Entw. I. § 165. Entw. II. § 166 Abs. 3. Entw. III. § 166 Abs. 3. Mot. S. 144. Prot. S. 59, 530.

---

den Zeitraum, welcher zwischen der Uebergabe des Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber und der Zustellung selbst liegt, zu ermöglichen, was für die beauftragende Partei sowohl wie für den Gegner namentlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 213 von großer Bedeutung ist. Andere Beweismittel sind übrigens nicht unzulässig. Die Vorschrift ist nur instruktionell. Vgl. auch Preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschreibereien § 5 Abs. 3.

§ 156.

1) Der § 156, dessen wesentlicher Inhalt früher in § 173 Platz gefunden hatte, verdankt seine Entstehung einem am Schlusse der zweiten Lesung gefaßten Beschlusse der Redaktions-Kommission der RTK. Der Zweck dabei war hauptsächlich der, klar hervortreten zu lassen, worin der Akt der Zustellung besteht. Die „Ausfertigungen" sind erst in Folge der Aufnahme eines entsprechenden Zusatzes in § 177 eingeschaltet, ohne daß dadurch über die Frage, wann eine Ausfertigung zuzustellen, etwas bestimmt oder geändert ist (s. RG. III S. 435 u. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1149). Der Entw. wollte nur beglaubigte Abschriften des Schriftstücks und der Zustellungsurkunde übergeben lassen. Mit § 156 stehen die §§ 173, 174 in enger Verbindung (vgl. § 173 Anm. 1 u. 3).

2) Abs. 1: Die Zustellung (Insinuation) besteht in der Regel in der Uebergabe einer Abschrift, und zwar einer beglaubigten [auch eine beglaubigte Klatsch-Kopie genügt — RG. IV S. 357; vgl. Anm. 4]; statt einer solchen kann jedoch auch eine Ausfertigung (s. §§ 271, 288, 290, 291, 662, 663, 705, 865) zugestellt werden (RG. IV S. 426), und in manchen Fällen muß dies geschehen (§§ 342, 367, 809 und 865; der § 802 Abs. 2 gehört nicht hierher; auch den § 809 scheiden jetzt noch aus Wilm. Levy Anm. 3). Zu den letzteren gehören namentlich nicht die Urtheile, welche auf Betreiben der Parteien zuzustellen sind (s. RG. III S. 435 sowie in Seuffert, Arch. 36 Nr. 305). Die „Ausfertigung", d. h. die in bestimmter Form von einer Behörde oder einem Beamten ausgestellte Urkunde (s. Fitting § 41 Anm. 17, Hellmann, Lehrb. S. 543), ist das eigentliche Original in solchen Fällen, wo die Urkunde zunächst nur in einer nicht unmittelbar zur Mittheilung geeigneten, lediglich für die Akten bestimmten Form (Konzept) vorliegt. Die beglaubigte Abschrift kann daher stets von der Ausfertigung entnommen werden (s. RG. in Seuffert a. a. O. S. 477). Bei der Zustellung von Beschlüssen und Verfügungen von Amtswegen werden in der Regel Ausfertigungen zugestellt. Indessen ist dies nicht unbedingt nothwendig. Immerhin läßt sich nicht leugnen, daß das Verhältniß der Ausfertigungen zu den beglaubigten Abschriften im Gesetze nicht ganz deutlich bestimmt ist. Die Frage ist daher sehr streitig. [Abweichende Ansichten vertreten: Gaupp I S. 430 u. Endemann I S. 527, welche nicht allein bei allen von Amtswegen zuzustellenden Beschlüssen des Gerichts (so auch RG. III S. 376 u. Seuffert Anm. 2) und Verfügungen des Vorsitzenden (§§ 294 Abs. 3, 582, 602 usw.) — insoweit stimmt auch Sarwey I S. 251, 252 mit ihnen überein — sondern auch bei Urtheilen, welche auf Betreiben der Parteien zugestellt werden (§§ 288, 291, 304 usw.), die Zustellung einer Ausfertigung verlangen und somit die Zustellung einer beglaubigten Abschrift im Wesentlichen auf Schriftstücke, die von den Parteien ausgehen, beschränken. (Aehnlich Wieding im Rechtslex. III S. 1478. S. aber dagegen Petersen §§ 155, 156 Nr. 2, Hellmann I S. 470 u. Lehrb. S. 166 und in letzterer Beziehung auch Sarwey a. a. O. Nach Fitting

§ 31 Anm. 1 S. 93 braucht eine Ausfertigung nur zugestellt zu werden, wenn gerichtliche Entscheidungen von Amtswegen zugestellt werden. Aehnlich A. Förster Anm. 3, welcher jedoch die §§ 342, 367, 865 hinzufügt.)

Der Mangel der Beglaubigung macht den Zustellungsakt unwirksam (RG. VI S. 361, VIII S. 347, IX S. 412, Seuffert, Arch. 38 Nr. 173, 344). Fehler in der Abschrift (trotz der Beglaubigung) dürfen dem Empfänger nicht schaden (vgl. § 174 Anm. 3).

Nach der konsequent durchgeführten Terminologie der CPO. (vgl. z. B. §§ 161, 167, 172, 173 Abs. 3, 174 Nr. 5, 177, 178) ist „Uebergabe" der technische Ausdruck für das körperliche Tradiren (Behändigen) des Schriftstücks, um dessen Zustellung es sich handelt, an die Person, an welche zugestellt werden soll, bzw. an deren Vertreter, während „Zustellung" der Ausdruck für den juristischen Akt und daher das „zuzustellende Schriftstück" nicht das körperlich zu übergebende ist, sondern dasjenige, dessen den Formen des Gesetzes entsprechende Mittheilung (Zustellung) an den Gegner in Frage steht (vgl. §§ 174 Nr. 6, 177.) (So auch RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 305.) Das Einwerfen in einen Briefkasten, welcher alle für eine gewisse Person ankommenden Briefe aufzunehmen bestimmt ist, kann einer Uebergabe nicht gleichgeachtet werden (RG. VI S. 341).

Zuweilen genügt statt der förmlichen Zustellung, z. B. für Abweisung mancher Anträge, die einfache Mittheilung bzw. Ausreichung durch den Gerichtsschreiber (vgl. § 294 Anm. 5, RG. XI S. 401, H. Meyer: Zustellung v. Amtswegen S. 61). Der in den Entwürfen mehrfach sich findende Ausdruck „Mittheilung" ist zwar seiner Unbestimmtheit wegen absichtlich vermieden worden; vgl. jedoch §§ 70, 171, 204, 463, 603, 615, 623, wo er die Bedeutung einer formlosen Benachrichtigung hat. Eine gleiche Bedeutung haben die Ausdrücke „Benachrichtigung, Anzeige, in Kenntniß setzen" (vgl. z. B. §§ 125, 327, 329, 330, 351 usw.). Ueber die Form der Benachrichtigung an Centralbehörden s. z. B. d. allg. Verf. des preuß. Justizmin. v. 5. April 1881 (JMBl. S. 66).

Auch der Ausdruck „Behändigung", welcher nach manchen Gesetzgebungen gleichbedeutend mit „Zustellung" ist, ist in der CPO. hierfür nicht gebraucht worden. Nach § 44 der Preuß. Gesch. Anw. f. GV. v. 24. Juli 1879 (JMBl. S. 206) bezeichnet derselbe im Gegensatze zu Zustellungen die Ausreichung der Ausfertigung der von den Gerichten in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Akte sowie die Rückgabe von Schriftstücken, welche den Parteien gehören und diesen zurückzugeben sind; vgl. auch Preuß. GVO. § 19 Nr. 1.

3) Die Vorschriften des Abs. 1 über die Zustellung sind nicht bloß instruktionell. Auf Grund einer mangelhaften Zustellung (Ladung) kann ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden (§ 300 Nr. 2). Erscheint der Geladene im Termine, ohne den Mangel zu rügen, so gilt letzterer nach § 267 als geheilt (s. auch RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 1 S. 48). Erscheint er aber und rügt den Mangel, so ist die Zustellung regelmäßig ungültig (vgl. § 267 Anm. 2 u. 5, Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 450, Wilm. Levy Anm. 1; auch RG. II S. 399, IX S. 388, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. IV S. 498. A. M. theilweise Petersen S. 292 ff., 300 ff. u. in Busch, Zeitschr. I S. 72 ff.). In den Fällen, wo eine Offizial-Prüfung stattfinden muß, z. B. bei Wahrung von Nothfristen, bedarf es keiner Rüge der Partei (RG. VII S. 373, IX S. 413 [RG. IX S. 388 steht nicht, wie Seuffert meint, entgegen, weil der dort gerügte Mangel mit Recht für einen solchen angesehen wird, welcher nicht unmittelbar Form und Frist der Berufung betrifft], X S. 362, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 339, Wilm. Levy a. a. O., A. Förster § 164 Anm. 3. A. M. Seuffert a. a. O., welcher auch hier § 267 anwendet). Vgl. §§ 166—169 Anm. 2, 267 Anm. 7 und wegen der aufzunehmenden Urkunde § 173 Anm. 3.

4) Abs. 2: Eine Form der Beglaubigung ist nicht vorgeschrieben. Es genügt das Wort „Beglaubigt" mit der Unterschrift des Beglaubigenden, auch bloßer Blaustempel (RG. VII S. 371).

§ 157. Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

N. Entw. § 236. Entw. I. § 149. Entw. II. § 150. Entw. III. § 150. Mot. S. 145, 146. Prot. S. 58.

— „auf Betreiben von Rechtsanwälten" — auch in amtsgerichtlichen Prozessen. — „in Anwaltsprozessen" — einschließlich derjenigen Prozeßhandlungen, rücksichtlich deren Anwaltszwang nicht besteht (vgl. § 152 Anm. 4).

— „durch den Anwalt" — also nicht durch den von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher (s. auch Wilm. Levy Anm. 6. A. M. RG. VIII S. 346, A. Förster Anm. 2b, Seuffert Anm. 3).

— „bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken" — d. h. bei nicht verkündeten Beschlüssen des Gerichts und nicht verkündeten Verfügungen des Vorsitzenden (§ 294), ferner in den Fällen der §§ 187, 582, 602, 619, 623, 625. (Vgl. Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 815 ff.)

§§ 157—159.

Die §§ 157—159 handeln (im Gegensatz zu den §§ 162—164) von der Zustellung an die Partei selbst und bestimmen, welche Personen in dieser Hinsicht der Partei gleich stehen; sie schließen sich eng an das bestehende Recht an.

Unter der „Partei" sind hier auch die Nebenparteien (Litisdenunziaten, Nebenintervenienten usw.) zu verstehen (vgl. oben S. 64).

§ 157.

1) Dem § 157 liegt der Gedanke zu Grunde, daß nur einer prozeßfähigen Partei (§ 50) zugestellt werden kann, dieser aber in Person zuzustellen ist. An Ehefrauen muß mithin die Zustellung in Person erfolgen, weil sie nach § 51 prozeßfähig sind. In wie weit wegen der konkurrirenden Rechte des Ehemannes es zur Wirksamkeit eines Prozesses zugleich einer Zustellung an den Ehemann bedarf, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht (§ 51 Anm. 2). Vgl. auch Nordd. Prot. S. 357.

2) An die Stelle einer nicht prozeßfähigen Partei tritt deren gesetzlicher Vertreter. Ueber den Begriff desselben vgl. § 50 Anm. 2. Die Zustellung muß demnach, wenn sie an eine unter Vormundschaft oder an eine unter väterlicher Gewalt stehende minderjährige Partei bewirkt werden soll, an deren Vormund bzw. Vater erfolgen (vgl. Wetzell S. 906). Fehlt der gesetzliche Vertreter, so ist zunächst nach § 55 bzw. § 219 zu verfahren (vgl. § 50 Anm. 3); ebenso, wenn der Gegner und der gesetzliche Vertreter identisch sind (vgl. RG. VII S. 404, Wilm. Levy Anm. 3). Erleichterungen bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung enthält § 4 Nr. 2 des Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 (GS. S. 131).

3) Abs. 2: Für Behörden (vgl. § 19 Anm. 4, § 20), Gemeinden und Korporationen sowie Personenvereine, welche als solche klagen und verklagt werden können (vgl. § 19 Anm. 1), kann, wie die Mot. hervorheben, die Zustellung der Regel des Abs. 1 gemäß an deren gesetzliche Vertreter erfolgen; diese letzteren sind demnach auch zur Annahme von Zustellungen für die von ihnen vertretene Partei berechtigt und verpflichtet. (So auch Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 25 Abs. 3.) Das Gleiche gilt von solchen Personen, welche im einzelnen Falle, etwa kraft spezieller gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift, zur Vertretung jener Personenvereine, sei es generell im Prozesse oder für bestimmte Prozesse, oder zur Empfangnahme von Zustellungen befugt sind (vgl. z. B. für Handelsgesellschaften Art. 117, 144, 167, 172, 196, 235, 244, 244a des HGB. bzw. der Nov. v. 18. Juli 1884, für Genossenschaften §§ 17, 24, 39, 43, 49 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868, für gewerbliche Innungen

§ 158. Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

N. Entw. § 237. Entw. I. § 150. Entw. II. § 151. Entw. III. § 151. Mot. S. 146. Prot. S. 58, 102.

---

§ 101 der Reichsgewerbeordn. usw.). Nur zur Erleichterung der Zustellungen ist im Abs. 2 zugleich gestattet, daß die Zustellung auch an die Vorsteher, welche nicht immer mit den gesetzlichen Vertretern gleichbedeutend sind, geschehen kann. (Beispiele bei A. Förster Anm. 3.) Das Wort „genügt" drückt diesen Gedanken deutlich aus (Nordd. Prot. S. 350, 351). Der Name des Vorstehers braucht in der Adresse nicht bezeichnet zu sein. — Andere Erleichterungen enthält § 169.

4) „Gesellschaften" und „Genossenschaften" sind hier nicht, wie in § 19 Abs. 1, besonders aufgeführt; sie gehören aber, wie auch der Ausdruck „anderen" in § 19 ergiebt, zu den Personenvereinen und fallen daher unter § 157 Abs. 2. — Die gleichfalls hier — im Gegensatz zu § 19 Abs. 1 — nicht erwähnten „Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen" unterliegen dagegen nicht der Bestimmung des § 157 Abs. 2, sondern nur der des Abs. 1. Bei ihnen pflegt ohnehin neben dem gesetzlichen Vertreter nicht noch ein Vorsteher zu bestehen.

5) Abs. 3: Die Bestimmung bezieht sich nicht auf Fälle, in denen eine Partei aus mehreren Personen besteht, welche nicht als Gesammtheit klagen oder verklagt werden, sondern jede ihr besonderes Interesse verfolgen (z. B. Streitgenossen, Nebenintervenienten); in diesen Fällen muß an jede derselben zugestellt werden (vgl. § 155 Abs. 1, Preuß. AGO. I 7 § 31, Hann. PO. § 121, Württ. PO. Art. 229).

6) Die Zustellung im Sterbehause für mehrere Erben (Preuß. AGO. I 7 § 32) ist ebensowenig zugelassen, wie die Zustellung in dem belasteten Grundstücke (Preuß. AGO. I 7 § 22, Hamb. Statut von 1603 I 14, 2, Nordd. Prot. S. 363 ff.); diese Zustellungsarten sind daher nicht statthaft.

7) Ueber die Zustellungen an Landesherren und Mitglieder der landesherrlichen Familien vgl. § 5 des EG. z. CPO.

§ 158.

1) Diese Vorschrift ist im Wesentlichen dem preußischen Rechte entnommen (AGO. Anh. § 54 zu I 7 § 19, Kab.-O. vom 22. März 1827 — GS. S. 31). Ein Unterschied zwischen „Vorladungen" und anderen Zustellungen findet aber nicht statt. — Auf Offiziere und im Offiziersrange stehende Militärpersonen bezieht sich die Vorschrift nicht; an diese erfolgt die Zustellung nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen.

Die Ersatzzustellung (§ 169) findet hier gleichfalls Anwendung. (So auch Kleiner I S. 596, Seuffert Anm. 2.)

2) Ueber den Begriff „Unteroffizier" und „Gemeiner" vgl. die Anlage zum Mil.StrGB. vom 20. Juni 1872 (RGBl. S. 204), Preuß. Gesch. Anw. f. d. GB. § 25 Abs. 2. Die Mannschaften des „aktiven Heeres" und der „aktiven Marine", welche stets besonders neben dem Heere genannt wird, bilden den Gegensatz zu den Mannschaften des „Beurlaubtenstandes" (vgl. Reichsverfassung Art. 53, 59, ferner §§ 2, 8, 11, 13, 15 des Gesetzes, betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienste, vom 9. November 1867 [BGBl. S. 131] und Anl. A. d. Ges., betr. d. Revision d. Servistarifs usw., v. 3. Aug. 1878 (RGBl. S. 244), StrGB. §§ 31, 34, 112, 140, auch §§ 38 u. 56 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 [RGBl. S. 45] sowie Hecker in Goltdammer, Arch. f. StrR. 31 S. 87). Wegen der Ladung als Zeuge oder Sachverständiger vgl. § 343 Anm. 2, § 367.

3) Die Gültigkeit der Zustellung hängt nicht von der Weiterbeförderung des Schriftstücks an denjenigen ab, für welchen dasselbe bestimmt ist. Dieses folgt klar aus dem Ausdrucke „Die Zustellung erfolgt an" usw., welcher nach der konstanten Terminologie des Gesetzes (vgl. z. B.

§ 159. Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

N. Entw. § 239. Entw. I. § 151. Entw. II. § 152. Entw. III. § 152. Mot. S. 146, 147. Prot. S. 58.

§ 160. Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch inner=

---

§§ 157, 159, 162, 164, 166, 168) eine in ihrer Gültigkeit von einer nachfolgenden Thätigkeit nicht bedingte Zustellung bezeichnet (Prot. S. 102). Anders im Falle des § 343. — Daß der Chef zur Weiterbeförderung auf dem Dienstwege verpflichtet ist, ergiebt sich aus der dienstlichen Stellung desselben.

§ 159.

Literatur: Pfizer: Der Generalbevollmächtigte im Prozeß, in Gruchot, Beitr. XXVII S. 216 ff.

1) Der Generalbevollmächtigte, d. h. der allgemein zur Verwaltung der Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers Berufene, und der Prokurist (Art. 42 HGB.) sind kraft Gesetzes generell bzw. in den den Betrieb des Handelsgewerbes betreffenden Angelegenheiten zur Prozeßführung berechtigt, ohne einer besonderen Vollmacht zu bedürfen. Eine natürliche Konsequenz hiervon ist es, daß sie auch für berechtigt und verpflichtet erachtet werden, alle Zustellungen, auch die der Klage in Empfang zu nehmen (Nordd. Prot. S. 355, Pfizer a. a. O. S. 223). Nach bisherigem Recht fehlte es an einer solchen Verpflichtung fakultativer Vertreter (vgl. RG. I S. 295 ff.); § 159 („erfolgt" — „mit gleicher Wirkung") spricht aber so kategorisch, daß eine Ablehnungsbefugniß des Vertreters ausgeschlossen erscheint. Andererseits ergiebt die Fassung des § 159 klar, daß die Zustellung auch an den Geschäftsherrn selbst erfolgen kann.

Selbstverständlich kommt § 59 nur da zur Anwendung, wo an die Partei selbst, nicht an den Prozeßbevollmächtigten (s. § 162), zuzustellen ist. Vgl. §§ 157—159 Anm. Wegen des Zustellungsbevollmächtigten s. § 160 Anm. 1 a. E.

Wie weit die Generalvollmacht die Empfangnahme von Zustellungen umfaßt, ist übrigens quaestio facti, da es auch beschränkte Generalvollmachten giebt [vgl. Windscheid, Pand. I § 74 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Förster (Eccius) II § 141, S. 355, A. Förster Anm. 1, Pfizer a. a. O. S. 216 ff. A. M.: Seuffert Anm. 2, Gaupp I S. 434, auch (mit einer gewissen Einschränkung) Petersen § 159 Nr. I, welche mit den Mot. nur den mit der Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten Beauftragten als Generalbevollmächtigten ansehen]. So weit ihre Vollmacht zur Vertretung im Prozesse reicht, kann ihnen auch zugestellt werden. Auf nicht vermögensrechtliche Klagen, z. B. Ehe= und Statussachen, bezieht sich ihre Befugniß nach § 159 überhaupt nicht. (So auch die Mot., Pfizer a. a. O. S. 218, Seuffert a. a. O., Petersen a. a. O., Gaupp a. a. O. A. M. Wilm. Levy a. a. O.)

2) Eine Prüfung der Generalvollmacht (bzw. der Prokura) findet von Amtswegen nicht statt. Dagegen trifft den betreibenden Theil die Beweislast. Eventuell darf ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden; vielmehr ist die Klage durch Urtheil angebrachtermaßen abzuweisen (vgl. § 50 Anm. 2 und Pfizer a. a. O. S. 225 ff.). Die Nichtanfechtung der Generalvollmacht im Prozesse präjudizirt selbstverständlich den Rechten des angeblichen Vollmachtgebers nicht (vgl. §§ 513 Anm. 6, 542 Anm. 6).

3) Der Korrespondent=Rheder (HGB. Art. 460) steht dem Prokuristen nicht gleich (RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 79), noch weniger der bloße Handlungsbevollmächtigte (Art. 47 des HGB.), welcher jene Stellung des Prokuristen nicht theilt; die Zustellung an ihn ist nur zuläßig, wenn er zur Prozeßführung befugt und als Bevollmächtigter in dem Prozesse bereits aufgetreten ist (vgl. Seuffert Anm. 3).

§ 160.

1) Die §§ 160 und 161 handeln von den Zustellungsbevollmächtigten (Insinuations=

halb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

N. Entw. § 240. Entw I. § 152. Entw. II. § 153. Entw. III. § 153. Mot. S. 147, 148. Prot. S. 58.

§ 161. Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Ver-

mandataren). Der § 160 führt diese Einrichtung in weit geringerem Umfange ein als manche der neueren Prozeßgesetzgebungen. Im Anschluß an den N. E. unterscheidet er zwischen einer Partei, welche im Auslande, und einer solchen, welche im Inlande wohnt. Erstere ist, falls sie nicht einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, welcher am Orte des Prozeßgerichts oder doch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, stets verpflichtet, ohne eine Anordnung des Gerichts abzuwarten, einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen. Letzterer dagegen liegt, nur wenn sie außerhalb jenes Bezirkes wohnt und einen innerhalb desselben wohnhaften Prozeßbevollmächtigten nicht bestellt hat, eine derartige Verpflichtung ob und auch unter dieser Voraussetzung nur ausnahmsweise, nämlich nur dann, wenn das Gericht die Benennung anordnet. Diese Anordnung kann nur nach erfolgter Zustellung der Klage (A. M. Sarwey I S. 256) — nachdem die Gelegenheit zur Zustellung eines Prozeßbevollmächtigen unbenutzt geblieben — und zwar nur auf Antrag (hier gleichbedeutend mit „Gesuch" — vgl. § 37 Anm. 1) des Gegners, (Klägers oder Beklagten) nicht von Amtswegen erfolgen. Das Gericht (nicht der Vorsitzende) entscheidet darüber, ohne daß eine mündliche Verhandlung vorauszugehen braucht, nach freiem Ermessen. (Wegen der Zustellung s. § 294 Abs. 3.) Bei demselben wird, wie auch die Mot. hervorheben, die Erwägung maßgebend sein, ob die Zustellung durch die Post, welche im Falle der Nichtbenennung eines Zustellungsbevollmächtigten eintritt, die ausreichende Sicherheit und Raschheit verbürgt oder — was bei den jetzigen Einrichtungen der Post nur ausnahmsweise der Fall sein wird — nicht ausführbar erscheint oder sich als unsicher oder zu zeitraubend erweist.

Sowohl bezüglich der Partei bzw. des gesetzlichen Vertreters (§ 157) wie des Zustellungs- und des Prozeßbevollmächtigten ist das thatsächliche Wohnen, nicht der juristische Wohnsitz entscheidend (Petersen §§ 160, 161 Nr. 1, Gaupp I S. 436, Wilm. Levy Anm. 2a, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Kleiner I S. 579, Hellmann I S. 479). Vgl. § 165 Anm. 2.

In den Fällen des § 159 finden die §§ 160, 161 keine Anwendung, wenn der Generalbevollmächtigte bzw. Prokurist am Orte des Prozeßgerichts bzw. innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt. (Vgl. Gaupp I S. 436, 437, Petersen a. a. O. u. A.) Dasselbe gilt von den Vorstehern im Falle des § 157.

2) Die Vorschriften des französischen und des badischen Rechts über das domicile élu sind, soweit es sich um Zustellungen handelt, in § 15 Nr. 5 des EG. z. CPO. aufrecht erhalten.

3) In den Fällen, wenn ein Rechtsanwalt Prozeßbevollmächtigter ist, hat die Anwendung des § 160 nur geringen Raum. Denn nach § 19 der RAO. muß ein Rechtsanwalt, der an dem Orte des Gerichts, bei welchem er zugelassen ist, nicht wohnhaft ist, bei diesem Gericht einen ständigen Zustellungsbevollmächtigten bestellen; ist eine Zustellung an Letzteren nicht ausführbar, so kann sie an den Rechtsanwalt durch Aufgabe zur Post (s. § 161) erfolgen.

§ 161.

1) Abs. 1 handelt in dem ersten Satze von der Art der Bestellung des Zustellungs-

handlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

N. Entw. § 241. Entw. I. § 153. Entw. II. § 154. Entw. III. § 154. Mot. S. 148. Prot. S. 58.

---

bevollmächtigten. Die Benennung soll erfolgen, sobald die Nothwendigkeit hervortritt, mithin bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung, oder wenn dieser die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner vorausgeht, in dem Schriftsatze, z. B. schon in der Klagschrift, wenn der Kläger im Auslande wohnt, oder im Falle der RAO. § 19 (s. oben § 160 Anm. 3). In dieser Benennung liegt zugleich die Bevollmächtigung des Zustellungsbevollmächtigten. Einen besonderen Vollmachtsnachweis kann der Gegner umsoweniger verlangen, als ihm stets freisteht, der Partei selbst die Zustellung zu machen.

„Die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gilt für alle Instanzen einschließlich der Zwangsvollstreckung; die §§ 82, 83 werden dabei zur analogen Anwendung gelangen" (Mot.).

Der erste Satz setzt selbstverständlich voraus, daß der Sitz der höheren Instanzen an demselben Orte ist, wie der der ersten, und hat für die höheren Instanzen überhaupt nur rücksichtlich derjenigen Ausnahmefälle Bedeutung, in welchen die Zustellung an einen Zustellungsbevollmächtigten gültig erfolgen kann (vgl. § 164). Uebrigens darf die Ernennung auch auf die erste Instanz beschränkt werden (§ 164 Abs. 2). (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner I S. 581. Theilweise abweichend: Hellmann I S. 481, Bolgiano S. 347 Anm. 7.)

Substitution ist nicht ohne Weiteres (nach Analogie von § 77) stattbaft (A. M. A. Förster Anm. 1 a. E.). Es kommt auf das bürgerliche Recht an.

2) Der zweite und dritte Satz des Abs. 1 setzen die an die Unterlassung der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten geknüpften Folgen fest. Es tritt alsdann die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der säumigen Partei ein, und das Schriftstück gilt mit der durch den Gerichtsvollzieher (der Gerichtsschreiber ist im Gegensatz zu § 179 dazu niemals befugt; so auch Seuffert Anm. 3b, Petersen §§ 160, 161 Nr. 5, Gaupp I S. 441 u. A. A. M. Sarwey I S. 274) erfolgten Aufgabe zur Post [nicht zu verwechseln mit der Zustellung durch die Post (§§ 176 ff.), bei welcher der Zeitpunkt der Zustellung an die Partei maßgebend ist] als zugestellt, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt. (Vgl. auch §§ 221 Abs. 2 a. E., 730 Abs. 2, 736 Abs. 3, KO. § 69, RAO. § 19 Abs. 3, Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 4 Nr. 3 (GS. S. 131), Mot. S. 148; wegen der Zustellungsurkunde s. § 175.) Voraussetzung ist dabei nach den Mot., daß die gewählte Adresse die richtige ist oder doch mit Grund von der zustellenden Partei für die richtige gehalten werden durfte, wie z. B. in dem Falle, wo der Gegner, ohne Anzeige davon zu machen, im Laufe des Prozesses seinen Wohnort ändert, und deshalb das zuzustellende Schriftstück nach dem bisherigen Wohnort adressirt wird. Hat der Gegner einen Prozeßbevollmächtigten, welcher außerhalb des in § 160 angegebenen Bezirkes wohnt, so ist nach § 162 das Schriftstück an diesen zu adressiren.

Der Unterlassung der Benennung stehen die Fälle gleich, wenn die Bestellung ohne Benennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht vollzogen werden kann.

3) Der von der RTK. hinzugefügte Abs. 2 bezweckt, der Partei, für welche die Zustellung bestimmt ist, eine noch größere Sicherheit zu geben, daß die Sendung wirklich in ihre Hände gelangt. Voraussetzung des „Einschreibens" ist, daß die Partei (d. h. diejenige, welcher zuzu-

§ 162. Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

N. Entw. § 239. Entw. I. § 155 Abs. 1. Entw. II. § 155. Entw. III. § 155. Mot. S. 148–150. Prot. S. 58.

---

stellen ist) an den Gegner das Verlangen stellt, was in jeder Form geschehen kann, und daß sie zugleich zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt. Wird ein solches Verlangen gestellt, so ist die Post eigentlich nicht mehr gesetzlicher, sondern von der Partei bestellter Zustellungsbevollmächtigter. Wegen der postalischen Behandlung s. die Postordn. v. 8. März 1879 § 15 (Centralbl. S. 185) u. Verfügung des Generalpostmeisters v. 24. Aug. 1879 (Preuß. JMBl. v. 1879 S. 373 ff.)

4) Außerhalb der gesetzlichen Fälle ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post nicht zulässig (vgl. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 339).

§ 162.

1) Die §§ 162—164 handeln von der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten. Für dessen Begriff und Bestellung sind auch hier die §§ 74—85 maßgebend; der Zustellende hat sich davon zu überzeugen, ob hiernach ein wirklicher Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist. Im Parteiprozesse kann darüber nach §§ 76, 84 Abs. 2 nur die zu den Gerichtsakten abgegebene Vollmacht entscheiden. Im Anwaltsprozesse hat dagegen, solange das Fehlen der Vollmacht nicht mit Erfolg gerügt ist (§ 84 Abs. 1), der für den Gegner aufgetretene Anwalt als Prozeßbevollmächtigter zu gelten. (So auch Hellmann I S. 486, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3. A. M. in letzterer Hinsicht: Endemann I S. 540, 541, Gaupp I S. 443, welche fordern, daß der Anwalt sich bereits als Bevollmächtigter ausgewiesen habe.) Auch der Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 85) gehört hierher, sofern der Bevollmächtigte bzw. Geschäftsführer vom Gerichte einstweilen zugelassen war. (Vgl. Petersen § 162 Nr. 3, Hellmann I S. 485 u. A.)

Die Zustellungen erfolgen an den Prozeßbevollmächtigten, auch wenn er einen Generalsubstituten (RAO. § 27, RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 248) oder einen Vertreter nach § 77 bestellt hat (RG. das. Nr. 61), oder wenn das Mandat bereits gekündigt ist (OLG. Kiel das. Nr. 242, RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1130).

2) § 162 stellt den Satz an die Spitze, daß in einem anhängigen Rechtsstreite alle Zustellungen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Die Zustellung an die Partei selbst oder die ihr gleichgestellten Personen (§§ 157—159) hat mithin, nachdem der Prozeß anhängig geworden, also nach Erhebung der Klage (§§ 230, 235, 460, 461) bzw. nach Zustellung der Berufungs- oder Revisionsschrift (§§ 479, 515) bis zur Beendigung der Instanz, also bis zur Zustellung des letzten Endurtheils der Instanz (so auch RG. VIII S. 424, IX S. 366, X S. 345. A. M. Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 240; dieser rechnet den Akt der Zustellung zu gar keiner Instanz, was aber dem Sprachgebrauch, wonach „Instanz" den ganzen Rechtsstreit bis zur Vollstreckung umfaßt, widerspricht und zu praktischen Schwierigkeiten führt), nicht die Wirkungen einer vorschriftsmäßigen Zustellung (z. B. für den Beginn des Laufs der Rechtsmittelfristen), wenn die Partei einen Bevollmächtigten bestellt hat. (Vgl. auch RG. IV S. 414, ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 71, OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IV S. 437 ff.)

3) Die CPO. hat (abweichend von älteren Gesetzgebungen) den Grundsatz des § 162 konsequent durchgeführt und weder in der Richtung eine Ausnahme gemacht, daß gewisse Zustellungen, welche für die Partei von besonderer Bedeutung sind, z. B. von Urtheilen, insbesondere Versäumnißurtheilen (vgl. RG. VIII S. 424), Rechtsmitteleinlegungen, Beschlüssen, durch welche eine persönliche Handlung, z. B. Eidesleistung, persönliches Erscheinen (vgl. § 132 Anm. 5; so Petersen § 162 Nr. 2, Seuffert Anm. 7, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Siebenhaar S. 203), der Partei auferlegt wird usw., an die Partei selbst statt an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen, noch in der Richtung eine Modifikation getroffen, daß Zustellungen gedachter Art an die

§ 163. Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

N. Entw. — Entw. I. § 155 Abs. 2. Entw. II. § 156. Entw. III. § 156. Mot. S. 150. Prot. S. 58.

Partei selbst und deren Prozeßbevollmächtigten zu geschehen haben. Eine doppelte Zustellung ist — abgesehen von dem nicht hierher gehörigen Falle der §§ 217, 223 — der CPO. unbekannt. Nur auf ihre Gefahr kann die Partei im Anwaltsprozesse die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten unterlassen, selbst wenn sie den Mangel der Vollmacht rügt (s. Seuffert Anm. 2, Hellmann I S. 486 u. A. A. M. Endemann I S. 511 u. A.).

Der § 162 bezieht sich auch auf die während der Anhängigkeit der Hauptsache getroffenen Entscheidungen in Nebenstreitigkeiten (vgl. Busch, Zeitschr. III S. 182 ff.); auch ist für solche Nebenstreitigkeiten, welche, wie z. B. das Kostenfestsetzungsverfahren, nur die Festsetzung des Betrages des dem Grunde nach feststehenden Anspruchs betreffen, nach § 163 die Instanz durch das rechtskräftige Urtheil in der Hauptsache noch nicht als beendigt anzusehen (RG. IX S. 392, RG. in RAnz. 1883 b. Beil. 10 S. 10; vgl. auch RG. IX S. 329).

4) Der § 162 bezieht sich zwar nur auf Zustellungen, nicht auch auf formlose Mittheilungen, Anzeigen oder Benachrichtigungen (vgl. § 156 Anm. 2); gleichwohl ist es zweckmäßig, auch diese unter den Voraussetzungen des § 162 an den Prozeßbevollmächtigten zu richten. (Vgl. Hellmann I S. 487, Gaupp I S. 444, RG. in RAnz. 1881 b. Beil. 5 S. 1.)

5) Wegen Heilung der Nichtbeachtung des § 162 s. § 267 Anm. 7 a. E.

§ 163.

Der § 163 erläutert behufs Entscheidung einiger Zweifelsfälle den Begriff der „Instanz" (vgl. Wach I S. 392 Anm. 2) in § 162 übereinstimmend mit den allgemeinen Grundsätzen der CPO. über den Einspruch (§§ 303—312), die Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts (§§ 500, 510, 527, 528), die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541—554) und das neue Vorbringen in der Zwangsvollstreckungsinstanz (§§ 686, 687) sowie mit den Grundsätzen über den Umfang der Prozeßvollmacht (§ 77) und das Armenrecht (§ 110). Die Fälle des § 78 sind zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, gehören aber selbstverständlich auch zur Instanz. Zu den Prozeßhandlungen, welche das Verfahren in Folge eines Einspruchs usw. zum Gegenstand haben, gehören nach der Terminologie der CPO. auch die dieses Verfahren einleitenden Prozeßverhandlungen, z. B. der Einspruch (Seuffert Anm. 1, Petersen § 163 II 1 u. A.). Nicht unter „Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts" gehört der Fall eines rechtskräftigen Berufungsurtheils über den Grund des Anspruchs (RG. IX S. 352).

Zur Erleichterung der Lage des Exekutionssuchers, dem daran gelegen sein muß, daß sein Bevollmächtigter, der für ihn die ganze Zwangsvollstreckung betreibt, auch die Zustellungen im Vollstreckungsverfahren empfange, wird auch das gesammte Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte als Theil des Verfahrens erster Instanz angesehen, obwohl das zuständige Vollstreckungsgericht vielfach nicht am Sitze des Prozeßgerichts sein wird und alsdann die Zustellung an einen entfernten Prozeßbevollmächtigten erfolgen muß. Vgl. § 685. Die Nothwendigkeit der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160) tritt mithin in diesen Fällen nicht ein.

Nicht zur Instanz gehören die Klagen Dritter, welche durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden (§§ 690, 710); indessen ist die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten zulässig, da die Prozeßvollmacht sich auf diese Prozesse miterstreckt (vgl. § 77 Anm. 2). [A. M. Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. IX S. 372 ff., welcher nur an die Partei zustellen lassen will, obwohl doch auch bei der Generalvollmacht (§ 159) ein Wahlrecht stattfindet.]

§ 164. Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz; in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

N. Entw. §§ 788, 842. Entw. I. § 156. Entw. II. § 157. Entw. III. § 157. Mot. S. 150. Prot. S. 58, 59, 529, 530.

§ 165. Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Eine theilweise abweichende Bedeutung hat der Ausdruck „Instanz" in den §§ 30—32 des GKG. (vgl. dessen Mot. S. 55, 56, 58, 64). Vgl. auch GO. f. RA. §§ 25, 27, 29, 31—34, 36 und RG. in RAnz. 1882 b. Beil. 1 S. 11.

§ 164.

1) § 164 enthält für die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, in Anwendung der Regel des § 162 (vgl. RG. IX S. 329) eine Stufenfolge von Personen, welche bei der Zustellung zu beachten ist. Vgl. auch EG. z. CPO. § 8 Abs. 2. Eine Auswahl zwischen den genannten Personen findet nicht statt; jede Abweichung von der Reihenfolge macht die Zustellung zu einer unwirksamen. Vgl. § 156 Anm. 4.

2) Abs. 1: — „für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten" — vgl. § 162 Anm. 1. Um dem Rechtsanwalt der höheren Instanz zustellen zu können, ist es erforderlich, daß er bei dem Prozeßgericht der höheren Instanz zugelassen ist (vgl. § 74. A. M. OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 38 Nr. 346). Vorausgesetzt ist ferner, daß die Bestellung der betreibenden Partei bzw. dem Prozeßbevollmächtigten derselben bekannt war oder doch bekannt sein mußte (vgl. § 162 Anm. 1, RG. V S. 358, IX S. 346). Auf das Wissen des die Zustellung nur vermittelnden Rechtsanwalts, welcher nicht Prozeßbevollmächtigter ist, kommt es nicht an (RG. IX S. 348).

— „in Ermangelung eines solchen" — z. B. wenn der Anwalt zweiter Instanz nach Zustellung des Berufungsurtheils aus dem Justizdienst tritt oder stirbt; eine Unterbrechung (§ 221) findet in diesem Falle nicht statt (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 30). Ist bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein Zwischenurtheil ein Bevollmächtigter für die zweite Instanz bestellt, so ist diesem auch die Berufung gegen das Endurtheil zuzustellen (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 55). Ist dagegen eine Berufung als unzulässig zurückgewiesen, so erlischt die betreffende Prozeßvollmacht, und die neu eingelegte Berufung kann dem früheren Berufungsanwalt nicht mehr zugestellt werden (RG. VIII S. 367, IX S. 352, Wach I S. 576 Anm. 27; abweichend, besonders in den Gründen RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 55). Wegen neuer Berufungsprozeduren s. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 494.

3) Unter die Regel der §§ 162 u. 164 fallen auch die in der höheren Instanz ergehenden Versäumnißurtheile und Kostenfestsetzungsbeschlüsse (vgl. § 162 Anm. 3 a. E., RG. VIII S. 424, IX S. 329). Die Zustellung des anzufechtenden Urtheils fällt dagegen nicht unter § 164; sie muß an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz nach § 162 erfolgen (RG. IX S. 366).

§ 165.

1) § 165 trifft über den Ort der Zustellung Bestimmungen, welche — gleich denen der §§ 166—169 über die Ersatzzustellung — sowohl für Zustellungen an die Partei selbst wie für

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

N. Entw. § 242. Entw. I. § 157. Entw. II. § 158. Entw. III. § 158. Mot. S. 151. Prot. S. 59.

§ 166. Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

---

solche an Vertreter der Partei (§§ 157—159), oder an Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte gelten. Jeder innerhalb des Deutschen Reichs belegene Ort, an welchem Jemand, sei er Inländer oder Ausländer, sich antreffen läßt, ist für ihn ein gesetzlicher Zustellungsort; auf den Wohnsitz oder längeren Aufenthalt kommt es nicht an. „Ort" ist hier gleichbedeutend mit „Ortschaft" (Nordd. Prot. S. 356, Mot. S. 151).

2) Abs. 2 handelt von der Oertlichkeit innerhalb des „Orts", an welcher die Zustellung erfolgen muß. Personen, welche in dem „Orte" (Abs. 1) eine Wohnung oder ein Geschäftslokal haben, können die Annahme eines außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals zugestellten Schriftstücks verweigern; anderenfalls liegt ein stillschweigender Verzicht auf den Einwand der Ungültigkeit vor. Das Geschäftslokal geht hier der Wohnung nicht vor, wie in WO. Art. 91. Für den Fall, daß die Person in der Wohnung oder dem Geschäftslokal nicht angetroffen wird, ist in den §§ 166—169 durch die sog. Ersatzzustellung Vorsorge getroffen; eine Zustellung an die Person selbst außerhalb der Wohnung und des Geschäftslokals ist auch in diesem Falle gegen ihren Willen nicht zulässig. Demjenigen dagegen, welcher an dem Zustellungsorte weder eine Wohnung (welche er unter Umständen auch im Gasthofe haben kann) noch ein Geschäftslokal hat, kann an jeder passenden Stelle, wo er angetroffen wird, zugestellt werden. Vgl. auch Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 24. Als solche Stellen können z. B. Kirchen und sonstige gottesdienstliche Gebäude nicht angesehen werden (P. E. § 155, Mot. S. 151, Gaupp I S.447, Seuffert Anm. 1, A. Förster Anm. 1ª u. A.). Die Zustellung bleibt aber auch bei Auswahl einer unpassenden Stelle gültig; die Annahme darf aus diesem Grunde nicht verweigert werden. (Vgl. § 170 Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert a. a. O., Petersen S. 287, 295 u. A.) — Die Zustellung muß in Fällen des Abs. 2 stets an den Adressaten persönlich erfolgen, da die sog. Ersatzzustellung sich nach dem klaren Inhalte der §§ 166—169 nur auf Fälle bezieht, in welchen derjenige, dem zugestellt werden soll, in seiner Wohnung oder seinem Geschäftslokale nicht angetroffen wird (vgl. auch Mot. a. a. O.).

„Wohnung" hat hier wie in § 160 und den §§ 166, 167, 169 eine rein thatsächliche Bedeutung (regelmäßige Schlafstelle); desgleichen „Geschäftslokal", d. h. eine zur regelmäßigen Berufsübung eingerichtete oder doch benutzte Oertlichkeit (vgl. §§ 168, 169).

§§ 166—169.

1) Die §§ 166 — 169 handeln von der sog. Ersatzzustellung. Dieselbe hat gleiche Wirkung, wie die Zustellung an den Adressaten selbst (sog. insinuatio ad faciem, Zustellung zu eigenen Händen). (Vgl. § 165 Anm. 2 u. Seuffert, Arch. 36 Nr. 81.) Das Wort „kann" drückt aus, daß es dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers anheimgestellt ist, ob im einzelnen Falle von der Ersatzzustellung Gebrauch zu machen oder zu einer anderen Zeit an den Adressaten persönlich zuzustellen sei. Vgl. § 683. Die nothwendigen Voraussetzungen der einzelnen Arten der Ersatzzustellung (z. B. im Falle des § 166 Abs. 1 das Nichtantreffen des Adressaten) müssen von dem Gerichtsvollzieher in der Zustellungsurkunde beurkundet werden (§ 174 Nr. 4).

2) Eine Zuwiderhandlung wider die Vorschriften der §§ 166—169 hat die Ungültigkeit der Zustellung zur Folge und kann nur in den zulässigen Fällen (vgl. § 156 Anm. 4) durch

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

N. Entw. § 243. Entw. I. § 158. Entw. II. § 159. Entw. III. § 159. Mot. S. 151, 152. Prot. S. 59, 530.

§ 167. Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist,

---

Unterlassung der Rüge geheilt werden. Es kommt in keinem Falle darauf an, ob der Adressat von dem Inhalte des Schriftstücks Kenntniß erhalten hat (vgl. § 156 Anm. 4, § 165 Abs. 2, § 171 Abs. 4, RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 249, Seuffert § 166 Anm. 1. A. M. Aufl. 3 u. 4, Petersen §§ 165—169 V und in Busch, Zeitschr. I S. 70 ff.).

§ 166.

1) Abs. 1: Die Zustellung nach § 166 kann nur in der Wohnung selbst erfolgen (sog. insinuatio ad domum). Das Geschäftslokal steht der Wohnung nicht wie in § 165 gleich; von der Zustellung in demselben handeln die §§ 168, 173. Vgl. § 168 Anm. 1. Nur in dem Falle § 169 Abs. 2 geht das Geschäftslokal vor. Aus welchen Gründen der Wohnungsinhaber zur Zeit von dem zustellenden Beamten nicht angetroffen wird, ist gleichgültig.

2) — „zu der Familie gehörenden" — d. h. der Familiengemeinschaft angehörenden; der Begriff ist eben so wenig wie der des „erwachsen" ein juristischer; es kommt auf den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens an; es genügt dagegen nicht, daß die betreffende Person nach dem Ermessen des Gerichtsvollziehers soweit in der Entwickelung vorgeschritten war, daß ihr die richtige Weiterbesorgung zugetraut werden durfte (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 249; abweichend in letzterer Hinsicht: Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 166, 167 Nr. 3 u. A.). Vgl. auch §§ 679 Anm. 1, 771 Anm. 2.

„Hausgenosse" — ist, wer in demselben Hause wohnt (vgl. H. G. § 162, Württ. PO. Art. 239). Das Erforderniß beruht auf einem Beschlusse der RTK.; die Entwürfe verlangten nur die Anwesenheit in der Wohnung.

Die „in der Familie dienenden Personen" brauchen nicht Hausgenossen zu sein; es kann mithin auch an Kutscher, Aufwärter und ähnliche Personen, welche zwar in einem Dienstverhältnisse zu Demjenigen, an welchen zugestellt werden soll, oder zu einem in derselben Familiengemeinschaft lebenden Angehörigen des Letzteren stehen, aber ihre Wohnung anderswo haben, zur Zeit ihrer Anwesenheit in der Wohnung der Dienstherrschaft eine Zustellung erfolgen. Vgl. auch Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 30 Abs. 1.

3) Die in Abs. 1 bezeichneten Personen sind zur Annahme des zuzustellenden Schriftstücks verpflichtet; nach § 170 hat die Weigerung der Annahme von ihrer Seite auf die Gültigkeit der Zustellung ebensowenig Einfluß wie die Weigerung von Seiten des Adressaten selbst. Das Gegentheil gilt bezüglich der im Abs. 2 genannten Personen.

4) Abs. 2: „Hauswirth" — Der Ausdruck umfaßt nicht allein den Hauseigenthümer, sondern auch dessen Stellvertreter, z. B. Nießbraucher, sog. Vizewirthe usw. (Norbd. Prot. S. 357), dagegen nicht die Ehefrau oder sonstige Hausgenossen oder Bedienstete des Hauswirths oder Vermiethers (Rechtspr. d. RG. i. Str. S. II S. 255). Als „Hauswirth" kann auch der im Gefängnisse wohnende Vorstand einer Gefangenenanstalt angesehen werden, wenn es sich um Zustellungen an Gefangene handelt, die vom Gerichtsvollzieher nicht angetroffen werden (§ 41 d. Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. handelt nur von der Zustellung an Gefangene in Strafsachen).

„Vermiether" — Darunter ist auch der Aftermiether zu verstehen.

§ 167.

1) Die nach manchen Gesetzgebungen (vgl. Preuß. AGO. I 7 § 21, H. G. § 162) in subsidium eintretende Anheftung des zuzustellenden Schriftstücks an der Haus- oder Zimmerthür

oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

N. Entw. § 245. Entw. I. § 159. Entw. II. § 160. Entw. III. § 160. Mot. S. 152. Prot. S. 59.

§ 168. Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

N. Entw. § 245. Entw. I. § 160. Entw. II. § 161. Entw. III. § 161. Mot. S. 152. Prot. S. 59.

(sog. insinuatio ad aedes) soll nicht genügen, sondern die Anheftung nur neben der Niederlegung des Schriftstücks auf der Gerichtsschreiberei usw. geschehen, sich andrerseits aber auf die Anheftung einer Anzeige der Niederlegung und des Orts derselben beschränken. Da die mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen nur „soweit thunlich" erfolgen soll, so ist die Beobachtung dieser Förmlichkeit dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichtsvollziehers anheimgestellt, und eine Nichtbeobachtung derselben macht die Zustellung niemals zu einer ungültigen. (So auch Endemann I S. 549, Gaupp I S. 452, Kleiner I S. 594, Petersen §§ 166, 167 Nr. 5 a. E., jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M.: Hellmann I S. 499, Wilm. Levy Anm. 3.) Vgl. auch Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 31.

2) Von der Zustellungsart des § 167 kann — nach vergeblichem Versuche, gemäß § 166 zuzustellen — auch dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Adressat außer der Wohnung ein besonderes Geschäftslokal hat; der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet, zuvor eine Zustellung nach § 168 zu versuchen. Aus der Stellung des § 167 und aus den Worten „nach diesen Bestimmungen" geht dieses deutlich hervor. Eine Ausnahme enthält jedoch § 169 Abs. 2. (Ebenso: Seuffert Anm. 1, Endemann I S. 547, Fitting S. 98 Anm. 18 u. A.)

3) Ueber den Verbleib der Schriftstücke nach unbenutztem Verlauf von 6 Monaten bestimmen für Preußen die allg. Verf. des Justiz-Ministers v. 7. Juni 1880 (JMBl. S. 61) u. 29. April 1880 (JMBl. S. 95).

§ 168.

1) In den Fällen, in welchen die Zustellung nach den §§ 166, 167 und nach § 168 geschehen kann, hat der Gerichtsvollzieher die Wahl, ob er von der einen oder der anderen Art Gebrauch machen will. Erweist sich die Zustellung nach § 168 als unausführbar, so kann er die Zustellung nach den §§ 166 und 167 in der Wohnung des Adressaten bewirken, und umgekehrt: erweist sich die Zustellung nach § 166 als unausführbar, so kann er die Zustellung entweder nach § 168 in dem Geschäftslokale bewirken oder den — stets zum Erfolge führenden — Weg des § 167 betreten. Hat aber ein Gewerbetreibender an einem Orte nur ein Geschäftslokal, aber keine Wohnung, so kann daselbst die Zustellung nur nach § 168, nicht auch in analoger Anwendung der §§ 166, 167 erfolgen. (Ebenso: Petersen § 168 Nr. 1, Bolgiano S. 351 Anm. 10 a. A. M. Siebenhaar S. 206.)

Die Begriffe „Gewerbetreibende" und „Gewerbegehülfen" bestimmen sich nach dem üblichen Sprachgebrauch, nicht bloß nach der Anwendbarkeit der Reichsgewerbeordnung. (S. auch Seuffert Anm. 2, Endemann I S. 550, Gaupp I S. 452, Petersen a. a. O.; vgl. jedoch Hellmann I S. 500.)

2) Abs. 2: — „besonderes Geschäftslokal" — bedeutet ein den besonderen Zwecken des Geschäfts gewidmetes Lokal innerhalb oder außerhalb der Wohnung (s. auch Abs. 2: „in seinem Geschäftslokal"); im ersteren Falle kann die Zustellung auch an die in § 166 genannten Personen erfolgen. (So RG. X S. 359.)

§ 169. Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§. 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

N. Entw. § 246. Entw. I. § 161. Entw. II. § 162. Entw. III. § 162. Mot. S. 152. Prot. S. 59.

§ 170. Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

N. Entw. § 247. Entw. I. § 162. Entw. II. § 163. Entw. III. § 163. Mot. S. 151, 152. Prot. S. 59.

„Gehülfen" — Zu denselben gehören auch Referendare, welche für den Rechtsanwalt Geschäfte, z. B. Vertretung vor Gericht, wahrnehmen, selbst wenn sie nicht Stellvertreter (RAO. § 25) oder bei ihm im Vorbereitungsdienste beschäftigt sind (ebendas. § 40) und in seinem Geschäftslokale nicht regelmäßig arbeiten (RG. IV S. 425). Die Zustellung nach Abs. 2 darf nicht außerhalb des Geschäftslokals erfolgen (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 254), auch nicht an einen Dienstboten (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 175), wenn das Geschäftslokal nicht innerhalb der Wohnung liegt (Anm. 1 a. E.).

Eine analoge Ausdehnung des Abs. 2 auf Notare, Gerichtsvollzieher usw. ist unzulässig. [So auch Petersen § 168 Nr. 2, Kleiner I S. 595. A. M. Uebel I S. 167. Nach Gaupp I S. 453 fallen sie (nach Wilm. Levy S. 221 wenigstens die Gerichtsvollzieher) unter Abs. 1; vgl. jedoch Anm. 1 Abs. 2.]

§ 169.

1) Abweichend von den Fällen des § 168 (vgl. §§ 167 Anm. 2, 168 Anm. 1) kann eine Ersatzzustellung an den gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher einer Behörde usw. (vgl. § 157) in Gemäßheit der §§ 166, 167 nur erfolgen, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist. In Bezug auf die Zustellung zu eigenen Händen (§ 165) gilt diese Voraussetzung nicht. (Ebenso Seuffert Anm. 1, Petersen § 169 Nr. 3, Endemann I S. 552, A. Förster Anm. 2 u. A., Preuß. Gesch.-Anw. f. d. G. V. § 29. A. M. theilweise: Siebenhaar S. 206, Puchelt I S. 442 Anm. 8.) Vgl. auch § 158 Anm. 1 a. E.

2) „Personenvereins" — vgl. § 157 Anm. 3 u. 4.

„Bedienstete" — vgl. GVG. § 19 Anm. 2.

§ 170.

1) Ein gesetzlicher Grund zur Verweigerung der Annahme liegt, abgesehen von den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 165 Abs. 2, 166 Abs. 2, 171 Abs. 4 (vgl. §§ 165 Anm. 2, 166 Anm. 3), überhaupt dann vor, wenn die Vorschriften der CPO. über die Personen, an welche ersatzweise zuzustellen ist (§§ 166—169), sowie über den Ort (§§ 165, 168, 169) und die Zeit (§ 171) der Zustellung nicht beachtet sind. Ein Verstoß des Gerichtsvollziehers gegen bloß reglementarische Vorschriften rechtfertigt nicht die Weigerung der Annahme von Seiten des Adressaten, sondern lediglich disziplinarische Maßregeln gegen den Gerichtsvollzieher. Vgl. auch §§ 165 Anm. 2, 171 Anm. 4. Auch hat Derjenige, welchem zugestellt werden soll (§ 174 Nr. 3), nicht ein Recht zur Verweigerung der Annahme deshalb, weil einem Anderen, z. B. dem gesetzlichen Vertreter (§ 157) oder dem Prozeßbevollmächtigten (§ 162), hätte zugestellt werden müssen. Die richtige Wahl dieser Person ist alleinige Sache des betreibenden Theils bzw. des Gerichtsvollziehers. (Vgl. auch Seuffert Anm. 2 a. E., Petersen § 170 Nr. 1, Endemann I S. 531, 553 u. A.; theil-

§ 171. An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.

Die Erlaubniß wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

N. Entw. § 248. Entw. I. § 163. Entw. II. § 164. Entw. III. § 164. Mot. S. 151. Prot. S. 59.

---

weise abweichend Bolgiano S. 351 Anm. 11.) — Wegen Feststellung des Vorgangs in der Zustellungsurkunde s. § 174 Nr. 5.

2) Unterbleibt die Zurücklassung des Schriftstücks, so hat die Zustellung keine Wirksamkeit.

§ 171.

1) Abs. 1: Der Begriff „allgemeiner Feiertag" ist durch die CPO. und das GVG. nicht festgestellt (ebenso: WO. Art. 92, HGB. Art. 329, 330). Es sind darunter nicht gerade ausschließlich kirchliche allgemeine Festtage (in Preußen: Weihnachten, Ostern, Pfingsten je zu 2 Tagen, Neujahr, ein Bußtag, Charfreitag und Himmelfahrtstag), sondern überhaupt solche Tage zu verstehen, an welchen die Geschäfte des bürgerlichen Verkehrs in Folge staatlicher Anordnung für die Gesammtheit der Bevölkerung ruhen (Striethorst, Arch. 27 S. 246). Andrerseits sind in Preußen kirchliche Festtage nur dann allgemeine Feiertage, wenn sie durch Staatsgesetze dafür erklärt sind (Entsch. d. RG. i. Str.S. II S. 398). Ein Antrag zum GVG., wonach die für die Gerichte geltenden Feiertage durch Kaiserliche Verordnung festgestellt werden sollten, ist von der RTK. abgelehnt (Prot. z. GVG. S. 67, 68). Welche Tage zu den allgemeinen Feiertagen zu rechnen, richtet sich daher nach demjenigen, was darüber am Ort der Zustellung gilt. (Vgl. Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 365, v. Hahn, Komm. z. HGB. 3. Aufl. II S. 225, 226.) S. auch §§ 193 Abs. 3, 200 Abs. 2, 681.

— „sofern — bewirkt wird" — Die Zustellung durch den Postboten (§§ 176 bis 180) fällt, weil rücksichtlich ihrer hier keine Ausnahme gemacht wird, unter die — auf dieselbe auch völlig passende — Regel. Daß in § 178 Abs. 1 nicht auch § 171 zitirt ist, steht nicht entgegen, weil die dortigen Zitate sich nur auf die Form der Zustellung beziehen; es würde sonst auch § 172 auf die Zustellung durch die Post nicht Anwendung finden, was völlig undenkbar ist. (Ebenso: Fitting § 31 Anm. 20, Hellmann I S. 503 u. Lehrb. S. 173, Sarwey I S. 267, Endemann I S. 553 u. A. A. M.: Petersen § 171 Nr. 1, Bolgiano S. 353 Anm. 13, Gaupp I S. 456, 467, Wilm. Levy Anm. 3, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.) Die Uebergabe des Schriftstücks an die Post (§ 177) sowie die Aufgabe zur Post (§ 161 Abs. 1) kann selbstverständlich auch an einem Sonn- oder Feiertage erfolgen.

2) Abs. 2: Die Erlaubniß ist von dem Richter nach freiem Ermessen zu ertheilen; derselbe wird sie selbstverständlich nur aus besonderen Gründen, namentlich bei Gefahr im Verzuge, ertheilen können, da die Nichtzustellung an Sonntagen die Regel bilden soll (Nordd. Prot. S. 361). Sie erfolgt gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 12); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1 u. 29 Nr. 6.

3) Abs. 4: Vgl. § 170 Anm. 1.

4) Vorschriften über Zustellungen zur Nachtzeit — entsprechend denen des § 681 über die Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit — enthält die CPO. nicht. Eine analoge Anwendung des § 681 (so A. Förster Anm. 5) ist bei der positiven Natur dieser Beschränkung nicht

§ 172. Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.

N. Entw. § 249. Entw. I. § 164. Entw. II. § 165. Entw. III. § 165. Mot. — Prot. S. 59.

§ 173. Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

---

zulässig. Es sind deshalb die über das Betreten von Wohnräumen usw. zur Nachtzeit in den Einzelstaaten vorhandenen, vielfach in den Gesetzen zum Schutze der persönlichen Freiheit enthaltenen [vgl. z. B. für Preußen Gesetz vom 12. Februar 1850 § 8 (GS. S. 45)] Vorschriften bestehen geblieben. Wo solche nicht bestehen, können, wie die Mot. bemerken, die erforderlichen Anordnungen in dem Reglement für die Gerichtsvollzieher getroffen werden. Vgl. z. B. Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 8. Daß diese Anordnungen eine ihnen zuwider erfolgende Zustellung nicht zu einer prozessualisch ungültigen machen können, ist nicht zweifelhaft (vgl. auch Seuffert Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 171 Nr. 3, Hellmann I S. 494 u. Lehrb. S. 174), ebensowenig, daß nach d. EG. z. CPO. § 14 rein prozessualische Vorschriften der Landesgesetze über die Zustellung zur Nachtzeit aufgehoben sind. [Wilm. Levy halten auch landesgesetzliche Bestimmungen nicht prozessualischer Natur, welche diesen Gegenstand berühren, hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Zustellung für aufgehoben, Petersen u. Hellmann (vgl. auch Bolgiano S. 352 Anm. 12 u. Gaupp I S. 455, 456), wenigstens hinsichtlich der Wirksamkeit derselben. Diese Ansichten (namentlich die erstere) widersprechen aber nicht allein den Mot. und der Erklärung des Reg.-Vertreters in der RTK. (Prot. S. 359), sondern heben auch die materielle Bedeutung der Gesetze theilweise auf, was schwerlich in der Absicht der CPO. lag, die diesen Punkt eben nicht einheitlich regeln wollte. (Uebereinstimmend Seuffert a. a. O.; vgl. auch v. Bülow Anm. 3.)]

5) Die Gerichtsferien haben auf Zustellungen keinen Einfluß, da nach GVG. § 202 Abs. 1 während der Gerichtsferien nur die Abhaltung von Terminen und die Erlassung von Entscheidungen ausgeschlossen ist (vgl. auch Prot. S. 534, Gaupp I S. 457, Seuffert, Arch. 38 Nr. 95 — OLG. Braunschweig, Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 9).

§ 172.

1) „Vertreter" ist nicht bloß der gesetzliche Vertreter (§§ 50, 169), sondern auch der Prozeßbevollmächtigte (§§ 75 ff.) und der Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 85) sowie Jeder, welcher in Betreff der Zustellung der Partei gleichgestellt wird (§§ 157—159). Vgl. § 210 Anm. 2.

2) Mit jeder Ausfertigung oder Abschrift ist auch eine Abschrift der Zustellungsurkunde zu übergeben (vgl. § 173 Abs. 3).

3) Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 2 Abs. 2 (in der Fassung des Ges. vom 29. Juni 1881), § 14 Nr. 1.

§§ 173—175.

Die §§ 173—175 betreffen den Zustellungsakt selbst.

§ 173.

1) Die Zustellungsurkunde selbst ist stets auf die — an die betreibende Partei zurückgehende — Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks (Abs. 2) welche übrigens ausnahmsweise auch eine Ausfertigung sein kann (s. §§ 155 Anm. 1, 156 Anm. 2), die Abschrift der Zustellungs-

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

N. Entw. § 252. Entw. I. § 165. Entw. II. § 166. Entw. III. § 166. Mot. S. 144, 152. Prot. S. 59. 305.

§ 174. Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

---

urkunde nach Abs. 3 auf das zu übergebende Schriftstück — beglaubigte Abschrift bzw. Ausfertigung — zu setzen (so auch v. Bülow Anm. 2 und, wenigstens bei Zustellungen auf Betreiben einer Partei, Wilm. Levy Anm. 3. A. M.: Seuffert Anm. 2 u. Gaupp I S. 459, 460, welche im Falle der Uebergabe einer Ausfertigung Abs. 2 nicht für anwendbar halten; ebenso Hellmann I S. 506, Petersen § 173 Nr. 2 a. E., Kleiner I S. 602). Allerdings paßt Abs. 2 hier nicht ganz.

Die unterlassene Mittheilung einer Abschrift der Zustellungsurkunde an die Person, welcher zugestellt werden soll, hat nicht gerade die Nichtigkeit der Zustellung zur Folge (vgl. Anm. 3, RG. in RAnz. 1882 Nr. 132. A. M. RG. 1882 b. Beil. 3 S. 4), kann aber unter Umständen den Fristenlauf hemmen (Rechtspr. d. RG. in Str.S. II S. 558).

2) Dem Abs. 4 liegt der Gedanke zu Grunde, daß die Zustellungsurkunden nicht, wie im gemeinrechtlichen und preußischen Prozesse, allgemein in die Gerichtsakten aufzunehmen, sondern dem Auftraggeber als Demjenigen, welcher an der Kontrole der richtigen Zustellung das nächstliegende Interesse hat, zu übergeben seien. Die Uebermittelung an den Gerichtsschreiber beschränkt sich daher auf die Fälle, wo derselbe von Amtswegen die Zustellung besorgt, bezieht sich dagegen nicht auf diejenigen, wo er im Auftrage der Partei die Zustellung vermittelt (§ 152 Abs. 2).

> „Ist aus irgend einem Grunde dem Gerichte der Nachweis der Zustellung zu liefern, so hat die betreffende Partei die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde dem Gerichte vorzulegen" (Mot.).

3) Die Zustellungsurkunde ist nicht ein Theil des Zustellungsakts selbst, sondern, wofür auch die Fassung des Abs. 1 „Ueber die Zustellung — — ist aufzunehmen" spricht, nur das Beweismittel, welches der Zustellungsbeamte über den Akt der Zustellung aufzunehmen hat, um dem Auftraggeber einen sicheren Nachweis der Zustellung zu ermöglichen. Der Zustellungsakt kann daher von der Aufnahme einer gehörigen Zustellungsurkunde getrennt und (ausnahmsweise, z. B. beim Verluste der Urkunde) auch durch andere Beweismittel bewiesen werden; der Mangel einer gehörigen Zustellungsurkunde macht die Zustellung selbst nicht ungültig. [Die entgegengesetzte Auffassung (Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 460, noch schärfer A. Förster Anm. 2, welcher der Zustellungsurkunde „jede materielle Beweiskraft" abspricht, nicht auch, wie Seuffert meint, RG. XI S. 404, welches diese Frage selbst gar nicht entscheidet), für welche die Worte der Mot. „Die §§ 173—175 betreffen den Zustellungsakt" nur einen schwachen Anhalt bieten, führt zu einem unerträglichen Formalismus, gegen welchen die Praxis mit Recht sich aufgelehnt hat (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1155, XXVII S. 1082, XXVIII S. 741, in Seuffert, Arch. 38 Nr. 66, in D. J. Ztg. 1883 S. 282, 760, OLG. Rostock u. Celle in Seuffert, Arch. 38 Nr. 182, 183, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VIII S. 341, Francke das. V S. 402, Endemann I S. 557, Wilm. Levy Anm. 1 u. § 174 Anm. 1, Petersen § 173 Nr. 1, S. 299).] Wegen des Versäumnißurtheils vgl. §§ 300 Anm. 2, 504 Anm. 2.

§ 174.

1) Der Unterschrift des Empfängers in der Zustellungsurkunde bedarf es nicht, da die Beurkundungen, welche der Gerichtsvollzieher als öffentlicher Beamter in Bezug auf seine Handlungen vornimmt, schon an sich öffentlichen Glauben haben (vgl. auch § 181 Abs. 2).

1. Ort und Zeit der Zustellung;
2. die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3. die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4. die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§. 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach §. 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5. im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
6. die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7. die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

N. Entw. § 253. Entw. I. § 166. Entw. II. § 167. Entw. III. § 167. Mot. S. 152, 153. Prot. S. 59.

Der Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig (vgl. § 383 Anm. 4).

2) Der Ausdruck „muß" weist darauf hin, daß die im § 174 aufgeführten Merkmale einer Zustellungsurkunde sämmtlich wesentlich sind und der Mangel eines solchen die Urkunde zu einer mangelhaften macht, wenngleich dieselbe nicht als Formal- oder Solennitätsakt anzusehen ist, sondern wie jede andere öffentliche Urkunde der Auslegung unterliegt. (Vgl. § 121 Anm. 1 u. RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1079.) Zwar heißt es in den Mot.:

> „Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist (§§ 380 ff.), daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rücksichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind (§§ 259, 384), bedarf keines Ausspruchs (vgl. Hann. Prot. S. 276)."

Allein dieser nicht eben deutliche Satz scheint sich im Wesentlichen auf die Form der Urkunde, wovon der besonders zitirte § 384 handelt, nicht auf den Inhalt zu beziehen, wie ihn § 174 vorschreibt. Für diese Auffassung spricht auch der folgende Satz der Mot.:

> „Die Partei, welche der mangelhaften Zustellung nachkommt, wird den Mangel rechtzeitig zu rügen haben (§ 267)."

Aus demselben folgt, daß wenn die Rüge rechtzeitig geschieht, die Zustellungsurkunde in Folge des gerügten Mangels nichtig ist (s. §§ 156 Anm. 4, 267 Anm. 5). Hiernach wird anzunehmen sein, daß nicht allein die Erlassung eines Versäumnißurtheils auf Grund einer solchen Zustellungsurkunde versagt werden muß (§ 300 Nr. 2), sondern auch der erschienene Empfänger, sofern er den Mangel rügt und der Gegner nicht auf andere Weise den Nachweis der ordnungsmäßigen Ladung erbringt (vgl. § 173 Anm. 3, RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 66 [welches den Beweis des in der Urkunde fehlenden Grundes der Ersatzzustellung (Nr. 4) durch andere Beweismittel freiläßt], RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1082 [wegen des Mangels einer Abschrift der Zustellungsurkunde — § 174 Nr. 6], XXVIII S. 740, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 341 [dgl.]), die weitere Verhandlung verweigern kann. [Vgl. auch Seuffert Anm. 7, Sarwey I S. 270 Anm. 1, Gaupp I S. 461, 462, A. Förster § 173 Anm. 2 u. Bülow Anm. 1, welche jedoch theilweise in Konsequenz ihrer § 173 Anm. 3 angeführten Anschauung mit der Zustellungsurkunde auch den Zustellungsakt selbst für ungültig ansehen, RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 111 (bezüglich der Postzustellungsurkunden). A. M.: Kleiner I S. 603, Petersen § 174 Nr. 1, Puchelt I S. 447, Hellmann I S. 511, Uebel I S. 171, Wilm. Levy Anm. 1, Wieding im Rechtslex. III S. 1480, nach welchen die Urkunde lediglich unter die allgemeinen Regeln der Beweiskraft öffentlicher Urkunden fällt.]

Bezüglich der einzelnen Merkmale der Zustellungsurkunde ist zu bemerken:

§ 175. Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§. 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

N. Entw. § 269. Entw. I. – Entw. II. § 168. Entw. III. § 168. Mot. S. 152. Prot. S. 59.

§ 176. Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

N. Entw. § 250. Entw. I. u. II. – Entw. III. § 169. Mot. S. 141 – 143. Prot. S. 61, 62.

Zu Nr. 3 ist ein Irrthum im Vornamen nicht wesentlich (Ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 153);

zu Nr. 6 muß bescheinigt werden, daß eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist (§ 173 Abs. 3) [vgl. auch A. Förster Anm. 1. A. M. Wilm. Levy Anm. 2];

zu Nr. 7: Unter Umständen ist auch das Dienstsiegel (Preuß. GVO. § 30) hinzuzufügen (Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 34 Abs. 2).

Andere Bestandtheile der Zustellungsurkunde s. z. B. in § 739.

Unter der Urschrift und der Abschrift der Urkunde muß der Gerichtsvollzieher eine Berechnung seiner Gebühren und Auslagen aufstellen. [GO. f. GV. § 21. Ueber die Gebühren für die Zustellung vgl. das. §§ 2, 3 (in der Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881), über die Auslagen bezw. Schreibgebühren §§ 13, 14, die Reisekosten § 17.]

3) Die Bestimmung des P. E. § 171 (vgl. H. E. § 166, Bayer. PO. Art. 204), daß, wenn die Urschrift und die Abschrift der Zustellungsurkunde abweichende Angaben enthalten, zu Gunsten der Person, welcher zugestellt ist, der Inhalt der Abschrift maßgebend sei, ist als selbstverständlich weggelassen; „denn für den Requisiten bildet die ihm zugestellte Abschrift eben das Original" (Mot. S. 153). Dies gilt aber nur insoweit, als durch einen Fehler der Abschrift für den Empfänger derselben eine Versäumniß oder sonst ein Nachtheil herbeigeführt worden ist; im Uebrigen ist für den Beweis der Zustellung nach allgemeinen Grundsätzen die Urschrift maßgebend (vgl. §§ 156 Anm. 3, 173 Anm. 1, RG. IV S. 433, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 77; vgl. auch RG. im R.Anz. 1882 b. Beil. Nr. 3 S. 4; OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 99; etwas abweichend Petersen §§ 155, 156 Nr. 3).

§ 175.

1) Wegen des Unterschiedes der „Zustellung durch Aufgabe zur Post" und „Zustellung durch die Post" vgl. § 161 Anm. 2. § 174 Nr. 1, 4—6 sind der Natur der Sache nach unanwendbar. Die „Aufgabe zur Post" kann nur durch die Gerichtsvollzieher erfolgen (vgl. § 161 Anm. 2).

2) Im Falle des § 161 Abs. 2 ist der Einlieferungsschein der Zustellungsurkunde beizufügen.

§§ 176—180.

1) Vgl. § 152 Anm. 1. Die Mot. sagen:

> „Wird durch die Post zugestellt, so tritt an die Stelle des Gerichtsvollziehers der Postbote, insoweit es sich um den Akt der Zustellung handelt. Der Postbote ist insoweit Gerichtsvollzieher; denn wie der letztere behändigt er dem Adressaten oder einer Ersatzperson und beurkundet den Behändigungsakt. Alle zeitlich vor diesem Akte liegenden, mehr und minder nothwendigen Handlungen (Parteiauftrag, Vermittelung desselben, Uebergabe der zuzustellenden Schriftstücke an den mit der Zustellung Beauftragten, Vorbereitung der Zustellungsurkunde, Beglaubigung der zuzustellenden Schriftstücke usw.) kommen für die Gültigkeit und Wirksamkeit der Zustellung selbst nur als Voraussetzungen in Betracht. Sie können von den Zustellungsbeamten selbst oder von anderen Personen vorgenommen werden: die Bedeutung des Zustellungsakts wird dadurch nicht berührt, daß jene Handlungen dem Zustellungsbeamten selbst oder einer andern Person obliegen."

Demnach ist die Zustellung durch den Postboten der entscheidende Akt, insbesondere auch bezüglich des Beginns und der Wahrung einer Prozeßfrist; die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers ist nur eine vorbereitende. (A. M. Fitting: Die Entbehrlichkeit der beabsichtigten Novelle

§ 177. Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchen die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 170. Mot. S. 153. Prot. S. 62, 530.

§ 178. Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§. 165—170.

---

zur Civilprozeßordnung. Berlin, 1886. S. 17 ff., welcher schon die Uebergabe an die Post als einen Theil des Zustellungsakts ansieht.)

2) Den Gegensatz der Zustellung durch die Post bildet einerseits die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 152 ff.), andrerseits die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§§ 161, 171, 175).

3) Die §§ 177—180 regeln das Verfahren bei der Zustellung durch die Post näher, und zwar § 177 die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers, § 178 die des Postboten, § 179 die des Gerichtsschreibers. Unter der Post ist die Stadtpost mitzuverstehen (Prot. S. 62).

§ 177.

1) Die Zustellung durch die Post setzt die Vermittelung des Gerichtsvollziehers bzw. Gerichtsschreibers (§ 179) voraus, welchem zunächst das mitzutheilende Schriftstück von der Partei zu übergeben ist. Ob jene demselben oder einem andern Bundesstaate angehören als demjenigen, in welchem die Zustellung erfolgt, ist unerheblich (GVG. § 161). Die Partei selbst bzw. der Anwalt kann die Post nicht um die Zustellung ersuchen. Die Vermittelung ist nothwendig, weil die Wirksamkeit einer Zustellung voraussetzt, daß ein Schriftstück bestimmten Inhalts zugestellt ist, dieser Beweis aber nur geliefert werden kann, wenn ein mit öffentlichem Glauben ausgestattetes Organ die Uebereinstimmung der zugestellten Abschrift mit der Urschrift konstatirt. Ein solches Organ ist der Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber; der Postanstalt oder dem Postboten kann eine so weit gehende Beurkundung nicht zugemuthet werden.

2) Die Partei kann behufs Zustellung durch die Post jeden im Deutschen Reiche angestellten Gerichtsvollzieher beauftragen. Daß der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung am Bestimmungsorte zuständig sei, ist nur bei der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher selbst (s. § 152 Anm. 2), nicht bei der durch die Post erforderlich. Vgl. Preuß. GVO. § 17, Gesch.-Anw. f. d. GV. § 18 Abs. 2.

3) — „beglaubigte" — vgl. § 174 Anm. 2.

Das Ersuchen braucht nicht in formeller Weise zu geschehen. Es entscheiden darüber die Grundsätze der Postordnung (Prot. S. 62). Vgl. Postordnung v. 8. März 1879 § 35 (Centralbl. S. 185) u. Abänderungen derselben v. 24. August 1879 (das. S. 538, Preuß. JMBl. S. 373).

4) Nach der Allg. Verf. d. preuß. Just.Min. v. 16. Juni 1883 (JMBl. S. 191) ist eine Abschrift der nach Satz 2 aufzunehmenden Urkunde, verbunden mit der zu übergebenden Schrift, in den Briefumschlag einzuschließen. Indessen kann dies nicht als wesentlich betrachtet werden (vgl. § 178 Abs. 2, in welchen § 174 Nr. 2 nicht aufgenommen ist; OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 342, Seuffert Anm. 1. A. M. Wilm. Levy § 178 Anm. 2). Vgl. § 178 Anm. 2.

§ 178.

1) Bei der Zustellung durch die Post ist, obwohl auch der Gerichtsvollzieher mitwirkt (vgl. Abs. 3 und § 177), der Postbote der eigentliche Zustellungsbeamte. Vgl. §§ 176—180 Anm. 1.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des §. 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des §. 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 171. Mot. S. 154. Prot. S. 63.

§ 179. Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§. 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 172. Mot. S. 144, 154. Prot. S. 63, 64, 530, 531, 665, 666.

Deshalb finden die Bestimmungen des Gesetzes über Ort und über Art und Weise der Zustellung durch Gerichtsvollzieher vollständige und diejenige über die Zustellungsurkunde wenigstens entsprechende Anwendung. Näheres s. in d. Verf. des Generalpostmeisters v. 24. Aug. 1879 (Preuß. JMBl. S. 374, 375). Nachsendung (bei Wechsel des Aufenthaltsorts) erfolgt in der Regel nur innerhalb des Amtsgerichtsbezirks (Verf. d. Generalpostmeisters v. 27. Dez. 1879 — Post-Amtsbl. Nr. 80). Bescheinigungen darüber, daß der Empfänger seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort aufgegeben bzw. verlegt habe, sind von den Postanstalten und deren Beamten nicht auszustellen. Die betreffende Angabe bedarf der Unterstützung durch die Gemeinde- oder Polizeibehörde (vgl. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI. S. 495).

2) Abs. 2: Nr. 2 u. 6 des § 174 sind nicht maßgebend. Vgl. auch § 177 Anm. 4. (A. M. OLG. Naumburg in Busch, Zeitschr. II S. 399 rücksichtlich der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes.) Die Abschrift der Zustellungsurkunde ist zu beglaubigen und daß dies geschehen, zu bezeugen (vgl. § 174 Anm. 2). Hiernach fehlt es allerdings demjenigen, welchem zugestellt ist, an dem urkundlichen Beweise darüber, daß gerade das in dem Briefumschlage angeblich enthalten gewesene Schriftstück ihm wirklich zugestellt sei (vgl. auch OLG. Karlsruhe das. VII S. 342). Dieser Beweis kann aber auf andere Weise durch Rechtsvermuthungen oder sonst nach Maßgabe des § 259 ergänzt werden (Seuffert, Arch. 38 Nr. 182, 183 — OLG. Rostock u. Celle; vgl. § 173 Anm. 3, Seuffert Anm. 2 a. E.). Zur Abhülfe dieses Uebelstandes dient namentlich auch die in § 177 Anm. 4 erwähnte Vorschrift des preuß. Justiz-Ministers.

§ 179.

1) Eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers ist nur in amtsgerichtlichen Prozessen zulässig (vgl. § 152 Anm. 3—5).

2) Der Gerichtsschreiber hat, sofern die Partei überhaupt seine Vermittelung begehrt, die Wahl, ob er in Gemäßheit des § 154 einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen oder in Gemäßheit des § 179 unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen will. Die Fassung des § 154 „hat — zu beauftragen", verglichen mit der Fassung des § 179 „kann — ersuchen", läßt allerdings jenes als die Regel und dieses als die Ausnahme erscheinen, erklärt sich aber historisch (vgl. § 152 Anm. 1) und rechtfertigt keineswegs den Schluß, daß der Gerichtsschreiber nur aus besonderen Gründen von der Befugniß des § 179 Gebrauch machen dürfe. Derselbe hat vielmehr den ihm nach den Umständen des einzelnen Falls angemessen erscheinenden Weg einzuschlagen. In diesem Sinne ist auch der § 179 in der RTK. (Prot. S. 63 u. 64) von dem Vertreter der Reichsregierung erläutert und von der Kommission ungeachtet der gegen die Fassung der §§ 154 und 179 erhobenen Bedenken angenommen worden.

§ 180. Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 173. Mot. S. 154. Prot. S. 64, 531.

§ 181. Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

N. Entw. § 263. Entw. I. § 167. Entw. II. § 169. Entw. III. § 174. Mot. S. 154. Prot. S. 71, 72, 531, 532.

---

nachdem ein Antrag, die Zustellung durch die Post stets eintreten zu lassen, sofern nicht die Partei dem Gerichtsschreiber erklärt habe, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle oder einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen beantrage, abgelehnt war. (Ebenso Seuffert Anm. 1, Petersen § 179 Nr. 1, Gaupp I S. 472, Fitting S. 95 Anm. 10 u. A.) Vgl. übrigens GKG. § 40 (in der Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881) u. Mot. dazu S. 59 sowie GO. f. GV. § 2.

Nach den preuß. Geschäftsordnungen f. d. Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte (§ 17), der Landgerichte (§ 17) und der Amtsgerichte (§ 18) soll der Gerichtsschreiber nur dann, wenn der Verzug Gefahr bringt, unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen.

Hat die Partei den Gerichtsschreiber beauftragt, den einen Weg zu ergreifen, so fällt selbstverständlich die freie Wahl des Gerichtsschreibers weg. (Ebenso Seuffert Anm. 1 a. E., Endemann I S. 564.)

3) Im Falle des § 179 kann der Gerichtsschreiber entweder persönlich das zuzustellende Schriftstück der Post übergeben oder auch durch sein Hülfspersonal, den Gerichtsdiener, den Gerichtsvollzieher für den inneren Dienst usw., zur Post schicken, in welchem letzteren Falle der Bote die erforderliche Bescheinigung über die Uebergabe an die Post auszustellen hat. Vorausgesetzt wird dabei nur, daß dieser Bote den öffentlichen Glauben eines Gerichtsvollziehers in Bezug auf derartige Bescheinigungen genießt. In diesem Sinne ist der § 179 in der RTK. ausdrücklich von den Regierungsvertretern erläutert und von der Kommission angenommen worden (Prot. S. 530, 531, 666). [Vgl. auch Endemann I S. 564, Puchelt I S. 451, Gaupp I S. 472 ff. u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 179 Nr. 2, Wieding im Rechtslex. III S. 1481 (wegen § 154), Sarwey I S. 273, 274, A. Förster Anm. 3, jetzt auch Seuffert Anm. 2, jedoch unter einander abweichend.]

4) Der Schlußsatz enthält eine Ausnahme von der Regel des § 156 Abs. 2, wonach nur bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken die Beglaubigung durch den Gerichtsschreiber erfolgt.

5) Auf die Zustellung durch Aufgabe zur Post findet § 179 keine Anwendung (vgl. § 161 Anm. 2), wohl aber auf Zustellungen von Amtswegen (vgl. § 152 Anm. 5), z. B. Zeugenladungen.

§ 180.

Diese zur Beförderung der Zustellung durch die Post (§§ 176—179) gegebene Bestimmung enthält eine Modifikation des allgemeinen, in § 87 über den Kostenersatz aufgestellten Grundsatzes, indem das freie Ermessen des Richters eingeschränkt wird. Auch dem Auftraggeber gegenüber können die Mehrkosten der persönlichen Zustellung nur bei ausdrücklicher Ermächtigung gefordert werden — vgl. GO. f. GV. § 3 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881).

§ 181.

Literatur: Francke in Busch, Zeitschr. V S. 381 ff.

1) Die Entwürfe beschränkten diese Art der Zustellung auf Anwaltsprozesse. Durch die jetzige, auf Antrag des Abg. Grimm von der RTK. beschlossene Fassung ist sie auch in amtsgerichtlichen Prozessen für diejenigen Fälle für zulässig erklärt, in welchen beide Parteien

§ 182. Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens

---

durch Anwälte vertreten sind, d. h. Personen, welche Anwälte sind, zu Bevollmächtigten im Sinne des § 143 bestellt haben.

Die Vorschrift ist nicht auf den Verkehr in derselben Instanz beschränkt, sondern gilt z. B. auch für die Ladung zur Verhandlung in der Berufungsinstanz (vgl. RG. V S. 414, Seuffert Anm. 2, OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 38 Nr. 176). Voraussetzung ist aber — abgesehen von der besonderen Vorschrift des § 164 Abs. 1 — daß der betreffende Anwalt beim Prozeßgerichte zugelassen ist; die Bestimmung findet also keine Anwendung auf einen nur zur Vertretung in der mündlichen Verhandlung nach RAO. § 27 Abs. 2 bestellten Vertreter (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 494, 496). Dagegen kann nach RAO. § 19 Abs. 2 in dem dort vorausgesetzten Falle die Zustellung von Anwalt zu Anwalt auch an den ständigen Zustellungsbevollmächtigten des Rechtsanwalts erfolgen (RG. in RAnz. 1883 Nr. 225).

2) Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist fakultativ; sie ist, wie auch die Mot. hervorheben, nur möglich, wenn beide Anwälte darüber einverstanden sind (vgl. auch RG. VI S. 361 ff., VII S. 372 ff., Hellmann, Lehrb. S. 177), der Anwalt also, welchem zugestellt werden soll, ein schriftliches Empfangsbekenntniß vollzieht; letzteres kann nicht erzwungen werden. Wird das Empfangsbekenntniß verweigert, so muß der betreibende Theil sich an den Gerichtsvollzieher oder in amtsgerichtlichen Prozessen an den Gerichtsschreiber wenden. (So auch Endemann I S. 566, Gaupp I S. 475, 476, Sarwey I S. 275, Fitting § 31 S. 95, Seuffert Anm. 3b u. A., Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 37, RG. V S. 414. Abweichend Wilm. Levy Anm. 2). Es giebt hier keine Ersatzzustellung (RG. VIII S. 332, Francke a. a. O. S. 387, Hellmann, Lehrb. S. 178, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 67). Andrerseits giebt das Gesetz durch das Wort „genügt" deutlich zu erkennen, daß nicht unter allen Umständen ein schriftliches Empfangsbekenntniß herbeigeschafft zu werden braucht, die Zustellung vielmehr auch auf andere Weise bewiesen werden kann (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 740 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 150, Francke a. a. O. S. 401, 402, Seuffert Anm. 3b). Die Zustellung selbst kann in jeder Form, z. B. durch die Post, persönliche Ueberreichung usw. geschehen. (Vgl. Francke a. a. O. S. 385 ff., Seuffert Anm. 4 u. A.)

3) Wohin das Empfangsbekenntniß gesetzt wird, ist gleichgültig (RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 300); zweckmäßig wird es auf die (an die betreibende Partei zurückgehende) Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks zu setzen sein.

Von Amtswegen hat der Berufungsrichter nicht zu prüfen, ob ungeachtet des vorliegenden Empfangsbekenntnisses die Zustellung mangelhaft, z. B. die übergebene Abschrift nicht beglaubigt war (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 173); dagegen ist die Anfechtung des Empfangsbekenntnisses aus diesem Grunde (RG. VII S. 373, IX S. 412) oder wegen irrthümlicher Datirung (RG. VIII S. 328, XIII S. 366) nicht ausgeschlossen (vgl. auch Francke a. a. O. S. 392 ff.).

Auch der Anwalt, welchem nach § 181 zugestellt werden soll, kann die geschehene Zustellung durch das von dem Gegner vorzulegende Empfangsbekenntniß nachweisen (vgl. § 198 Abs. 2; RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 150 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 740, Francke a. a. O. S. 395, Wilm. Levy Anm. 2 a. E. u. A.).

4) Da das Empfangsbekenntniß des Anwalts hier die öffentliche Urkunde des Gerichtsvollziehers (bzw. Postboten) vertritt, so ist es unzulässig, daß er seine Gehülfen, Schreiber usw. speciell oder generell ermächtigt, Zustellungen für ihn in Empfang zu nehmen und Empfangsbekenntnisse in seinem Namen auszustellen. (Uebereinstimmend Gaupp I S. 475, Wilm. Levy a. a. O., Petersen § 181 Nr. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 3. A. M. Sarwey I S. 275.) Ein „Stellvertreter" (RAO. § 25) ist aber dazu befugt (Puchelt I S. 454, Hellmann, Lehrb. S. 178 u. A.).

§§ 182—185.

Die §§ 182—185 enthalten besondere, von dem Grundsatze des Parteibetriebs abweichende

der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

N. Entw. §§ 265—269. Entw. I. § 168. Entw. II. § 170. Entw. III. § 175. Mot. S. 154. Prot. S. 72.

Vorschriften über die Zustellung im Auslande. Die Zustellung erfolgt, entsprechend dem gemeinrechtlichen und altpreußischen Prozesse, unter Vermittelung des Gerichts, welches hierbei durch seinen Vorsitzenden repräsentirt wird (§ 185).

Die betreibende Partei hat an den Vorsitzenden des Gerichts, bei welchem der Prozeß anhängig ist oder werden soll (§ 185), ein Gesuch um Erlassung des Ersuchungsschreibens zu richten. In welcher Form, ist gleichgültig. Doch ist im Anwaltsprozesse ein Schriftsatz erforderlich, da die Anbringung zu Protokoll des Gerichtsschreibers nicht (wie z. B. in den Fällen der §§ 44, 98 usw.) ausdrücklich gestattet ist; im Parteiprozesse ist nach §§ 457, 462 auch diese Form gestattet. (Seuffert § 185 Anm. 2, Petersen § 185 Nr. 2, Gaupp I S. 477 u. A. A. M. Hellmann I S. 528.) Dem Gesuche sind die zuzustellenden bzw. zu übergebenden Stücke in derselben Form und Zahl beizufügen, wie für die regelmäßige Zustellung nach den §§ 155, 156 (Wilm. Levy § 182 Anm. 2). Die Zustellung wird in allen diesen Fällen erst durch die Aushändigung des Schriftstücks an den Adressaten bewirkt; das Ersuchungsschreiben ist nur ein vorbereitender Akt (vgl. §§ 176—180 Anm. 1, 182 Anm. 3, 185 Anm. 2; abweichend auch hier Fitting in der §§ 176—180 Anm. 1 erwähnten Schrift S. 18).

§ 182.

1) Der Gerichtsvorsitzende hat nach seinem Ermessen das Ersuchen entweder direkt an die zuständige Behörde des fremden Staats (Gericht, Staatsanwaltschaft usw.), oder an den in diesem Staate residirenden Konsul oder Gesandten des Reichs (nicht der Bundesstaaten) zu richten (sei es unmittelbar oder durch Vermittelung des auswärtigen Amts). Ob der eine oder der andere Weg einzuschlagen ist, darüber entscheiden in erster Linie etwaige Staatsverträge, auch der Einzelstaaten. (So auch Seuffert Anm. 2. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 156, nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften durch § 182 beseitigt sind.) In Ermangelung solcher hat sich der Vorsitzende nach dem Rechte des Orts der Zustellung zu richten, da sein Ziel sein muß, die wirkliche Zustellung zu erwirken. — Der Konsul oder Gesandte hat selbstverständlich für Weiterbeförderung an Denjenigen, welchem zugestellt werden soll, sei es direkt oder durch Vermittelung der zuständigen Behörde des fremden Staats, Sorge zu tragen. Den Konsuln ist durch § 19 des Ges. v. 8. Nov. 1867, betr. die Organisation der Bundeskonsulate (BGBl. S. 133) — vgl. auch Ges. über d. Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 10 — ausdrücklich die Befugniß verliehen, innerhalb ihres Amtsbezirks an die dort sich aufhaltenden Personen und zwar nicht bloß an Angehörige des D. Reichs, auf Ersuchen der Behörde eines Bundesstaats Zustellungen zu bewirken.

Nach dem Uebereinkommen zwischen dem D. Reich und der Schweiz v. 1. u. 10. Dez. 1878 (Centr. Bl. f. d. D. R. 1879 S. 6, Preuß. JMBl. 1879 S. 20) ist den deutschen und schweizerischen Gerichtsbehörden der unmittelbare Geschäftsverkehr in allen Fällen gestattet, in welchen nicht der diplomatische Verkehr durch Staatsverträge vorgeschrieben ist oder in Folge besonderer Verträge räthlich erscheint. Abgesehen von der Schweiz, sind mit ausländischen Staaten nur von einzelnen Bundesstaaten Verträge abgeschlossen. Bezüglich Preußens vgl. § 328 Anm. 1.

Einheitliche Vorschriften hinsichtlich der Wahl der Zustellungsbehörde, der Form der Adressirung der Zustellungsschreiben und der Ausstellung der Zustellungszeugnisse sind vom Reichsjustizamte im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amte erlassen und für Preußen unterm 3. Sept. 1880 bekannt gemacht worden (Preuß. JMBl. S. 205).

2) Die in den §§ 182 ff. geregelte Zustellungsart ist für Zustellungen im Auslande die ausschließlich zulässige. Das Gesetz hat nicht, wie N. E. §§ 265 ff. und P. E. §§ 177 ff., 411 ff., der betreibenden Partei die Wahl zwischen mehreren Arten der Zustellung gestattet.

3) Die Zustellung erlangt erst Wirksamkeit mit der im Auslande wirklich erfolgten Be-

§ 183. Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

N. Entw. § 270. Entw. I. § 169. Entw. II. § 171. Entw. III. § 176. Mot. S. 155. Prot. S. 72.

§ 184. Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

N. Entw. § 271. Entw. I. § 170. Entw. II. § 172. Entw. III. § 177. Mot. S. 155. Prot. S. 72.

---

händigung. Die Fiktion des rheinisch-französischen Rechts (vgl. auch Hann. PO. § 124), wonach die Zustellung als bewirkt angesehen wird, sobald die Zustellung an den Staatsanwalt geschehen ist, und es nicht darauf ankommt, ob Letzterer das zuzustellende Schriftstück an den Adressaten hat gelangen lassen oder hat gelangen lassen können, hat keine Aufnahme gefunden. Eine Modifikation des Grundsatzes enthält § 190. — Wird die Rechtshülfe im Auslande verweigert und dadurch die wirkliche Zustellung unmöglich, so kann nach § 186 Abs. 2 Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung eintreten.

4) In den Fällen der §§ 740, 743, 761 findet eine Zustellung im Auslande nicht statt. Vgl. § 186 Anm. 4. In den Fällen der §§ 730 Abs. 2, 736 Abs. 3 kann die Zustellung an Schuldner im Auslande durch Aufgabe zur Post erfolgen. Vgl. auch §§ 160 Abs. 2, 161 Abs. 1.

§ 183.

1) Abs. 1: „Deutsche — genießen" — vgl. § 16. Ob die Exterritorialen sich im Auslande oder Inlande aufhalten, ist unerheblich (s. GVG. § 18 Anm. 5, Petersen §§ 312—315 III, Gaupp I S. 480, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Endemann I S. 569).

Für Zustellungen an nichtdeutsche Exterritoriale sind besondere Vorschriften nicht gegeben; für dieselben finden daher die §§ 182, 185 Anwendung, indem diese Exterritorialen als im Auslande befindlich angesehen werden müssen. Vgl. GVG. § 18 Anm. 5. So auch Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner I S. 617, Seuffert Anm. 2. A. M. Hellmann I S. 527.)

Die Exterritorialität gilt hinsichtlich der Zustellungen auch für Prozesse im ausschließlich dinglichen Gerichtsstande (GVG. § 20).

2) Abs. 2: „Vorsteher der Reichskonsulate" — gleichviel, welchen Titel sie führen (Generalkonsuln, Konsuln, Vicekonsuln). Auf das sonstige Personal der Konsulate finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Hinsichtlich der im Deutschen Reiche angestellten Konsuln s. GVG. § 21.

§ 184.

1) Ueber den Begriff eines „mobilen Truppentheils" vgl. §§ 9 Nr. 1, 10 Nr. 1 des Mil.StGB. vom 20. Juni 1872 (RGBl. S. 174), Laband, Staatsrecht III § 83 IV; in Bezug auf die Marine vgl. Mil.StGB. §§ 163, 164. — Der Begriff „in Dienst gestellt" ist weiter als der des „mobilen Zustandes" (vgl. § 164 das.). — Beide erfordern eine entsprechende, von kompetenter Stelle ergehende Anordnung. Vgl. auch unten § 749 Nr. 6.

2) — „können" — Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post, so lange die betreffenden Personen im Inlande sich aufhalten, ist nicht unzulässig; ebensowenig die nach § 182 beim Aufenthalte im Auslande.

3) — „vorgesetzten Kommandobehörde" — im Gegensatz zu § 158 nicht bloß der zunächst vorgesetzten.

§ 185. Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

N. Entw. §§ 266, 272. Entw. I. § 171. Entw. II. § 173. Entw. III. § 178. Mot. S. 154, 155. Prot. S. 72.

§ 186. Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

N. Entw. § 273. Entw. I. § 172. Entw. II. § 174. Entw. III. § 179. Mot. S. 155, 156. Prot. S. 72.

---

§ 185.

1) Abs. 1: Der Vorsitzende des Prozeßgerichts (s. § 55 Anm. 1) ist hier nur das Organ des Gerichts (vgl. d. allg. Bem. z. §§ 182—185); bei den Amtsgerichten ist es der Amtsrichter. — Die Gerichtsschreiberei hat das Ersuchungsschreiben an die ersuchte Behörde weiter zu befördern.

2) Abs. 2:

„Das schriftliche Zeugniß der um die Zustellung ersuchten Behörden oder Beamten, daß dieselbe erfolgt sei, giebt denselben Beweis, wie die Beurkundung des Gerichtsvollziehers nach den §§ 173—175 [vgl. Bundesgesetz vom 8. November 1867 (BGBl. S. 137 ff.) § 19]." (Mot.)

Durch die in Abs. 2 aufgestellte Beweisregel ist aber der Beweis der Unrichtigkeit nach §§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2 ebensowenig ausgeschlossen wie gegen die Urkunde des Gerichtsvollziehers (vgl. § 174 Anm. 2 i. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 2, welche den Beweis der Unrichtigkeit für unzulässig erachten).

Bezüglich der Echtheit des Zeugnisses der auswärtigen Behörde s. § 403; die Echtheit des Zeugnisses eines deutschen Konsuls oder Gesandten ist nach § 402 zu beurtheilen.

Das Zeugniß wird der betreibenden Partei bzw. dem Gerichtsschreiber zu übermitteln sein (vgl. § 173 Abs. 4).

§§ 186—189.

Die §§ 186—189 handeln von der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung oder der öffentlichen Zustellung. Dieselbe charakterisirt sich im Gegensatz zu den übrigen Zustellungen als Fiktion einer wirklich erfolgten Behändigung und ist daher auch nur in denjenigen Fällen zulässig, „in welchen keine der anderen Zustellungsarten zum Ziele führt oder führen kann". (Mot.) [Vgl. Klemm in Annalen d. OLG. Dresden IV S. 43 ff.]

§ 186.

1) Der § 186 führt die drei Nothfälle auf, in welchen allein die öffentliche Zustellung statthaft ist:

a) wenn der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist,

b) wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist, z. B. weil die fremden Behörden nicht zu erreichen sind oder die Zustellung verweigert haben (vgl. § 182 Anm. 3),

c) wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften von vornherein keinen Erfolg verspricht, z. B. weil bekannt ist, daß die ausländischen Behörden die Rechtshülfe verweigern.

Beim Vorhandensein einer dieser Voraussetzungen darf das Gericht ein Gesuch um öffentliche Zustellung nicht abschlagen; das „kann" bedeutet hier nur, daß nicht in allen Fällen, in welchen der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist, nothwendig eine öffentliche Zustellung er-

§ 187. Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

N. Entw. §§ 274, 277. Entw. I. § 173. Entw. II. § 175. Entw. III. § 180. Mot. S. 155, 156. Prot. S. 72–74.

---

folgen muß. (Vgl. auch Wilm. Levy § 187 Anm. 1. A. M. Gaupp I S. 484.) Vgl. § 187 Anm. 2.

2) „Partei" ist hier im weiteren Sinne genommen und umfaßt auch Personen, deren Beitritt zu einem anhängigen Rechtsstreit veranlaßt werden soll (§§ 69 ff., 73). Auch ist nach dem in den Mot. ausgedrückten Zwecke des Gesetzes anzunehmen, daß § 186 nicht Anwendung findet, wenn eine Partei, deren Aufenthalt unbekannt ist, einen Vertreter (§§ 162, 172 Anm.) hat, dem zugestellt werden kann oder gar muß, oder wenn umgekehrt der Aufenthalt der Partei bekannt, der des Vertreters aber unbekannt ist (vgl. auch Puchelt I S. 461 Anm. 3, Petersen § 186 Nr. 2, A. Förster Anm. 2a u. A. A. M. theilweise Siebenhaar S. 213). Dagegen ist das Vorhandensein einer Wohnung gleichgültig (Endemann I S. 547).

3) Wenn im Laufe eines Prozesses eine zweite oder fernere öffentliche Ladung derselben Partei erforderlich wird, kommen die §§ 186 ff. gleichfalls zur Anwendung.

4) In den Fällen der §§ 683, 740, 743, 761 findet eine öffentliche Zustellung nicht statt.

§ 187.

1) Bei der öffentlichen Zustellung ist, wie bei den Zustellungen im Auslande (vgl. § 182 Anm. 2), der Parteibetrieb gänzlich ausgeschlossen. Ueber die Zulässigkeit dieser Zustellungsform entscheidet auf das Gesuch der Partei das Prozeßgericht, d. h. das Gericht der betreffenden Instanz, z. B. das Berufungsgericht für die gleichzeitige Zustellung des Urtheils und der Berufungsschrift (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 8 S. 411); die Ausführung der Zustellung liegt dem Gerichtsschreiber ob, welcher dabei von Amtswegen handelt und die Vorschriften der §§ 187 Abs. 2 und 188 sowie etwaige besondere Anordnungen des Gerichts (§ 187 Abs. 3) zu beachten hat.

Der Gerichtsschreiber hat auch dafür zu sorgen, daß die Belege für die ordnungsmäßige Anheftung und Einrückung demnächst zu den Gerichtsakten gelangen, und dem betreibenden Theil auf Verlangen eine entsprechende Bescheinigung zu ertheilen. [So auch Seuffert Anm. 5, 6, Petersen § 189 Nr. 3, Gaupp I S. 488. Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 809. A. M. Wilm. Levy Anm. 4, die sich für ihre Ansicht, daß der Ansuchende alle Belege erhalte, mit Unrecht auf Prot. S. 73, 74 und auf § 173 Abs. 4 berufen, während letzterer im Gegentheil bestimmt, daß bei Zustellungen von Amtswegen die Zustellungsurkunde dem Gerichtsschreiber zu übermitteln ist. Die unten Anm. 7 angef. preuß. Geschäftsordnungen lassen die Aushänge und Beweisblätter bei Zustellungen auf Parteigesuch der Partei übermitteln, bei den von Amtswegen erfolgenden Zustellungen mit den Akten vorlegen.] Vgl. § 174 Anm. 2.

In Fällen, in denen die Zustellung von Amtswegen erfolgt (§§ 294 Abs. 3, 582 usw.), hat auch die erforderliche öffentliche Zustellung von Amtswegen zu erfolgen (vgl. die in Anm. 7 angef. preuß. Geschäftsordnungen, Petersen §§ 187, 188 Nr. 1, Fischer a.a.O. S. 623, Seuffert

§ 188. In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

N. Entw. § 276. Entw. I. § 174. Entw. II. § 176. Entw. III. § 181. Mot. S. 156. Prot. S. 74.

§ 189. Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zu=

Anm. 2, A. Förster Anm. 1. A. M.: Endemann I S. 574, Gaupp I S. 486, Wilm. Levy Anm. 1, welche ein Parteigesuch auch in diesen Fällen für nothwendig erachten). Vgl. § 582 Anm. 1.

2) Die Entscheidung des Gerichts findet nach vorgängiger causae cognitio über die Statthaftigkeit dieser Zustellung mit oder ohne zuvorige mündliche Anhörung des Gesuchstellers statt. Ueber das Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen, insbesondere auch über die Frage, ob der Aufenthalt einer Person unbekannt ist, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Gegen die Ablehnung des Gesuchs findet nach § 530 die Beschwerde statt (Mot.). [So auch Petersen a. a. O., Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 252 u. A. A. M. ohne Grund Endemann I S. 574.] Die causae cognitio hat sich auch auf die Zuständigkeit des Gerichts zu beziehen. Wegen Uebertragung einer beglaubigten Abschrift der Entscheidung auf das zuzustellende Schriftstück s. d. Anm. 7 angeführten Geschäftsordnungen.

Die Entscheidung erfolgt gebührenfrei (vgl. A. Förster Anm. 5).

3) Die Bestellung eines Kurators für die abwesende Partei (vgl. Bad. PO. § 243) ist nicht vorgeschrieben. Das geltende materielle Recht in Bezug auf die Anordnung einer cura absentis, sei es für das gesammte Vermögen oder für einzelne Vermögensgegenstände, bleibt jedoch unberührt. (Vgl. Mot. S. 156, Nordd. Prot. S. 373, 374.)

4) Abs. 2: Die öffentliche Zustellung erfolgt in der Regel nur durch Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel des Prozeßgerichts. Enthält jedoch das Schriftstück eine Ladung (§§ 191 ff.), so ist außerdem die Einrückung in öffentliche Blätter nach näherer Vorschrift des zweiten Satzes des § 187 Abs. 2 erforderlich. Vgl. §§ 188, 189 Abs. 1. — Ein Antrag, die letztere Bestimmung auf Fälle, in denen das zuzustellende Schriftstück ein Versäumnißurtheil enthält, auszudehnen, ist von der RTK. mit Rücksicht auf § 211 Abs. 2 abgelehnt worden.

5) Nach Analogie des § 156 ist eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel anzuheften. Bei der Einrückung in öffentliche Blätter soll nach Beschluß der RTK. nicht bloß ein Auszug der Ladung, sondern des Schriftstücks veröffentlicht werden.

6) Der Deutsche Reichsanzeiger ist das Centralorgan für gerichtliche Bekanntmachungen [vgl. §§ 825, 833, 848, StPO. §§ 326, 335, 480, KO. §§ 103, 151, 175, 191, RAO. §§ 20, 24, 47, Gesetz über den Markenschutz vom 30. Nov. 1874 § 6 (RGBl. S. 174), Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern usw., vom 11. Jan. 1876 § 9 (RGBl. S. 11), Patentgesetz vom 25. Mai 1877 §§ 23, 26 (RGBl. S. 501)].

7) Für Preußen vgl. die Geschäftsordnungen f. d. Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte (§ 17 Abs. 2), der Landgerichte (§ 17 Abs. 2) und der Amtsgerichte (§ 18 Abs. 2).

§ 188.

1) — „der Antrag" ist von der RTK. mit Rücksicht auf die zu § 187 getroffene Aenderung, wonach ein Auszug des Schriftstücks eingerückt werden soll (§ 187 Anm. 5), eingefügt worden. Der Ausdruck bedeutet auch hier die Sachbitte (§ 121 Nr. 2).

2) Ein Verstoß gegen § 188 macht die Zustellung ungültig („müssen").

§ 189.

1) Abs. 1 und 2 regeln die Fiktion der bewirkten Zustellung in verschiedener Weise, je nachdem das zuzustellende Schriftstück eine Ladung (vgl. §§ 191 ff.) enthält oder nicht. Für die

gestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

N. Entw. §§ 278–281. Entw. I. § 175. Entw. II. § 177. Entw. III. § 182. Mot. S. 156. Prot. S. 74, 435, 532.

§ 190. Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

N. Entw. § 280. Entw. I. § 176. Entw. II. § 178. Entw. III. § 183. Mot. S. 156, 157. Prot. S. 65–69, 74.

Fälle des Abs. 1 wird jedoch vorausgesetzt, daß die Anheftung an die Gerichtstafel ebenfalls stattgefunden hat (vgl. § 187 Anm. 4), nicht auch, daß außer der in Abs. 1 festgesetzten zugleich die in Abs. 2 bestimmte Frist abgelaufen sei. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 1. A. M. v. Bülow Anm. 1.) Auf die Wirksamkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, daß der Adressat sich meldet oder sein Aufenthalt sonst bekannt wird. Die Anheftung bezw. Einrückung in die Blätter ist auch hier nur ein vorbereitender Akt für die (fingirte) Zustellung selbst (vgl. §§ 176—180 Anm. 1, 182—185 Anm. a. E. A. M. auch hier Fitting a. a. O. S. 18).

2) Abs. 3 bezieht sich auf beiderlei Fälle. Ob die Entfernung mehr oder weniger zu früh geschah, ist gleichgültig; das richterliche Ermessen ist der absoluten Vorschrift des Abs. 3 gegenüber völlig ausgeschlossen. Dies klar zu stellen, war der hauptsächliche Zweck, weßhalb die RTK. nach dem Vorbilde des N. E. § 281 den Abs. 3 hinzufügte (vgl. § 826 u. Prot. S. 532).

§ 190.

1) Der § 190 enthält eine durch Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit gebotene besondere, auch in das bürgerliche Recht hinübergreifende (s. N. E. § 280) Bestimmung für Zustellungen mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten (§§ 182—185) und für öffentliche Zustellungen (§§ 186—189).

Nach den allgemeinen Grundsätzen der CPO. wird durch die Zustellung eine Frist gewahrt und ebenso der Lauf einer Frist oder der Verjährung unterbrochen (vgl. §§ 214, 230, 239, 305, 479, 515, 540, 806; vgl. auch EG. z. CPO. § 13 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3). Dieser Grundsatz paßt nur für Einrichtungen, bei denen es der Partei möglich ist, selbst thätig zu sein oder durch ihren treibenden Einfluß die Zustellungsorgane zu einer raschen und zeitigen Zustellung anzuhalten, nicht dagegen für Fälle, in welchen, wie z. B. bei der öffentlichen Zustellung und der Zustellung im Auslande, die Partei nichts Weiteres zu thun hat, als das Gesuch um Zustellung bei dem Gerichte einzureichen, auf die Zustellung selbst aber keinerlei Einwirkung üben kann, die Rechtzeitigkeit der Zustellung vielmehr lediglich von der prompten Rechtshülfe der Behörden und einer Reihe zufälliger Umstände abhängt.

Um für solche Fälle der Partei die Innehaltung und Unterbrechung der Fristen gegenüber dem Gegner zu ermöglichen, verbindet der § 190 für dieselben die Wirkungen, welche regelmäßig erst mit der Zustellung eintreten, bereits mit dem Zeitpunkte der Ueberreichung des Gesuchs, knüpft diese Folge aber zugleich an die Voraussetzung, daß demnächst die Zustellung wirklich bewirkt wird, datirt also die Wirkung der letzteren gewissermaßen zurück (ähnlich HGB. Art. 321). Auf diese Art wird dem Bedürfnisse des betreibenden Theils Genüge geleistet, ohne

Dritter Titel. **Ladungen, Termine und Fristen.**

§ 191. Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

---

daß das Interesse des Gegners unberücksichtigt bleibt. Kann z. B. die Zustellung im Auslande nicht zur Ausführung gelangen, weil die fremde Behörde die Rechtshülfe verweigert, so hat das Gesuch um diese Zustellung nicht die in § 190 gedachte Wirkung; die betreffende Partei kann aber durch eine öffentliche Zustellung ihren Zweck erreichen, weil deren Voraussetzung nach § 186 Abs. 2 gegeben ist, und nach Ablauf der in § 189 Abs. 2 und 3 festgesetzten Fristen die öffentliche Zustellung stets als eine thatsächlich erfolgte Behändigung angesehen wird.

Auf andere Wirkungen der Zustellung (vgl. z. B. §§ 230, 235) ist die Bestimmung nicht auszudehnen; insbesondere kann mit der Ueberreichung eines Gesuchs eine Frist niemals in Lauf gesetzt werden (s. z. B. §§ 198, 304, 477, 514, 540 usw.). Vgl. noch Anm. 2, RG. I S. 435.

2) Ein Antrag, von dem Grundsatze, daß eine Frist durch die Zustellung gewahrt werde, auch für sonstige Zustellungen alsdann abzuweichen, wenn es sich um Wahrung einer Nothfrist handle, und diese Frist als gewahrt anzusehen, wenn innerhalb derselben der zuzustellende Schriftsatz zum Zwecke der Zustellung von der Partei dem Gerichtsvollzieher bzw. dem Gerichtsschreiber übergeben werde, wurde anfänglich von der RTK. angenommen, aber später mit Rücksicht darauf, daß er in das ganze System der CPO. über die Zustellungen nicht paßt und das Interesse des Gegners gefährdet, wieder beseitigt; zugleich wurde indessen zum Schutze der Rechte der betreibenden Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erleichtert (vgl. § 213 Anm. 1).

Dritter Titel.

1) Die §§ 191—195 handeln von den Ladungen und enthalten im Wesentlichen Ausführungen der im vorigen Titel niedergelegten Grundsätze über Zustellungen im Allgemeinen; die §§ 196, 197, 205, 206 handeln von den Terminen (Tagfahrten), d. h. den Zeitpunkten, in welchen eine Handlung vor Gericht vorzunehmen ist, die §§ 198—204 von den Fristen, d. h. den Zeiträumen, innerhalb deren die Vornahme einer Handlung — und zwar nicht nothwendig vor Gericht — erfolgen muß, § 207 von Terminen und Fristen gemeinschaftlich. (Ueber den Unterschied zwischen Terminen und Fristen vgl. Bolgiano S. 389 ff.)

Der Gegenstand dieses Titels ist ausführlich behandelt von Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 620 ff., 802 ff. [auch als besonderer Abdruck unter dem Titel: Termin und Ladung im Deutschen Civilprozeß. Berlin. 1882]; dazu: Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 478 ff. Ueber Zeitbestimmungen im Civilprozeß vgl. Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 251 ff. Vgl. ferner Hellmann, Lehrb. S. 212, 213, 288 ff., 298 ff., 354 ff.

2) Die Ladung oder genauer die Ladung zu einem Termin (§ 191) bedarf, um wirksam zu sein (wie die frühere gerichtliche Ladung — R. C. § 212) der Zustellung. Ihr Inhalt besteht in der Aufforderung an den Gegner, an Streitgenossen oder an sonstige bei dem Rechtsstreit betheiligte Personen (z. B. Litisdenunziaten usw.), in einem bestimmten Termine zu erscheinen (in jus vocatio). [Vgl. Wach, Vortr. S. 50.] Ein Ersuchen um Rechtshülfe ist dazu innerhalb des Deutschen Reichs nicht mehr erforderlich (GVG. § 161). Im vorliegenden Titel ist nur von der Ladung der Parteien (Haupt- und Nebenparteien) die Rede; wegen Ladung der Zeugen und Sachverständigen s. §§ 342 ff., 367.

3) Die Bestimmung oder Aenderung von Terminen und Fristen ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 1); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 191.

1) Der § 191 enthält eine Konsequenz des in § 152 allgemein für Zustellungen ausgesprochenen Grundsatzes des Parteibetriebes (vgl. die allg. Bem. zum vorigen Titel). Jede Partei hat hiernach das Recht zu laden. Mit § 191 hängt § 193 eng zusammen.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

N. Entw. §§ 210, 211. Entw. I. § 177. Entw. II. § 179. Entw. III. § 184. Mot. S. 157–160. Prot. S. 74.

— „über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit" — Die einzelnen hierher gehörenden Fälle siehe bei Fischer a. a. O. S. 629 ff. Ob der Gegenstand, über welchen verhandelt werden soll, sich zur mündlichen Verhandlung eignet, hat die ladende Partei vorher zu prüfen und das Gericht auf Grund der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Vgl. §§ 119 Anm. 4, 124 Anm. 4, jedoch auch § 193 Anm. 3. Wegen des Begriffs des Zwischenstreits s. § 275 Anm. 1a.

— „welche — verhandeln will" — d. h. diejenige Partei, welcher am Fortgange des Prozesses gelegen ist, welche also ein Interesse hat, mündlich zu verhandeln (die betreibende, fleißige Partei); der Einlassungszwang bleibt hierbei ganz außer Betracht; die ladende Partei gilt stets als mitgeladen. (Endemann I S. 586, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Petersen §§ 191, 192 Nr. 2. A. M. Baron in Busch, Zeitschr. I S. 404, 408 ff.)

2) Eine Ausnahme, von dem Grundsatze des § 191 Abs. 1 tritt, wie auch die Mot. hervorheben, in folgenden Fällen ein:

a) Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen vor Gericht erfolgt nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen (§§ 342, 367).

b) Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung überhaupt nicht erforderlich (§ 195).

c) Wird ein Termin von Amtswegen anberaumt oder verlegt, ein ausgesetztes oder geschlossenes Verfahren von Amtswegen aufgenommen oder wiedereröffnet, ohne daß der Verhandlungstermin verkündet worden ist, so wird der letztere den Parteien mittels Zustellung des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung von Amtswegen bekannt gemacht (§ 294 Abs. 3); in den Beschluß bzw. die Verfügung muß alsdann (nach den Mot. S. 159) die Ladung aufgenommen werden (A. M. Fischer a. a. O. S. 817 ff., Seuffert allg. Bem. z. Tit. 2 unter IV, A. Förster Anm. 2b); dieselbe erfolgt mithin gleichfalls von Amtswegen (vgl. § 354 Abs. 2). Der N. E. § 357 Abs. 2 sprach dieses ausdrücklich aus. — Hierher gehören, wenn eine Verkündung der Terminsbestimmung nicht Statt gefunden hat, die Fälle der §§ 139, 140, 142, 206, 317, 326, 331, 333, 335, 761. Vgl. auch §§ 119 Anm. 4b, 124 Anm. 4 u. 141 Anm. 2, 427 Anm. 2 Abs. 2. [A. M. Baron a. a. O. S. 401 ff., welcher die Ladung von Amtswegen auf alle nicht verkündeten Termine ausdehnen will, die nach vorheriger causae cognitio anberaumt werden, und hierher den Fall des § 302 rechnet (ebenso den des § 316 Abs. 1, nicht den des § 300) — ein Prinzip, welches des inneren Grundes entbehrt und sich aus der CPO. nicht erweisen läßt. S. dagegen auch Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O., Hellmann I S. 538, A. Förster Anm. 2 S. 310, Just im civ. Arch. 68 S. 117 ff., Fischer a. a. O. S. 666.] Ebensowenig macht die Ladung zur fakultativ mündlichen Verhandlung, wie Wach, Vortr. S. 51 u. Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 739 u. A. wollen, eine Ausnahme. Vgl. § 119 Anm. 4, § 124 Anm. 4. Mit Recht leitet Fischer a. a. O. S. 654 ff. u. 824 ff. aus den vielfachen Spezialbestimmungen die Regel her, daß alle zur Fortsetzung (nicht zur Wiederaufnahme) des Verfahrens (vgl. §§ 90 Anm. 2, 119 Anm. 2) erforderlichen Termine von Amtswegen bestimmt werden, und zu denselben demgemäß auch die Ladung von Amtswegen erfolge, sofern eine solche überhaupt erforderlich ist. (Vgl. auch A. Förster Anm. 2b.) Aber es ist willkürlich, daraus das Prinzip abzuleiten, daß die Ladung überhaupt entbehrlich sei und durch die erste Ladung ersetzt werde. (S. auch oben u. Wilm. Levy allg. Bem. z. Tit. 3 unter 1 a. E.)

3) Abs. 2: Der Gerichtsvollzieher hat danach lediglich das die Ladung enthaltende Schrift-

§ 192. In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

N. Entw. §§ 209, 385, 403, 776, 839. Entw. I. § 178. Entw. II. § 180. Entw. III. § 185. Mot. S. 160. Prot. S. 74.

§ 193. Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

---

stück zuzustellen und hierüber allein eine Urkunde (§ 173) aufzunehmen. Uebrigens ist, abgesehen von den eine Instanz einleitenden Schriftsätzen (§§ 230 Abs. 2 Nr. 3, 479 Abs. 2 Nr. 3, 515 Nr. 3, 548; s. auch § 305 Abs. 1 Nr. 3), die Vorschrift nur instruktionell. (S. auch Seuffert Anm. 2, Endemann I S. 288, A. Förster Anm. 4. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, 2.)

4) Anträge, welche behufs Erledigung vor der mündlichen Verhandlung an das Gericht gerichtet werden, z. B. Anträge auf Bewilligung des Armenrechts, Einstellung der Zwangsvollstreckung usw., gehören zwar strenggenommen nicht in die Klagschrift oder in einen eine Ladung enthaltenden Schriftsatz; allein es steht nichts entgegen, daß, wie solches vielfach in der Gerichtspraxis geschieht, das Gericht darüber durch besonderen — von der Terminsansetzung des Vorsitzenden getrennten — Beschluß entscheidet. (A. M. Fischer a. a. O. S. 804, 805). Anträge, welche, wie die auf Abkürzung der Ladungs- und Einlassungsfrist, vom Vorsitzenden allein zu erledigen sind, werden sogar — unter besonderer Hervorhebung — zweckmäßig in jenen Schriftsatz, der eben so für das Gericht wie für den Gegner bestimmt ist (§ 124), aufzunehmen und in der Verfügung, durch welche der Termin bestimmt ist, zu erledigen sein.

§ 192.

1) § 192 enthält ein einzelnes, und zwar kategorisches („muß") Erforderniß. Nichtbeachtung desselben hat Unwirksamkeit der Ladung zur Folge, welche jedoch nach § 267 geheilt werden kann. Im Uebrigen bemerken die Mot.:

> „Spezielle Erfordernisse der Ladung vorzuschreiben (N. E. §§ 184, 209), hat der Entwurf für entbehrlich erachtet, weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins, zu welchem geladen wird, und die Person des Ladenden im einzelnen Falle von selbst ergeben; hervorgehoben ist als obligatorisch nur die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in den hier gedachten Fällen."

Vgl. jedoch § 193 Anm. 3.

2) Die in den Entwürfen enthaltenen Worte „über den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl" sind in Konsequenz der von der RTK. in § 640 bewirkten Aenderung (vgl. § 640 Anm. 2) und die Worte „über die Klage, über ein Rechtsmittel, über die Aufnahme des Verfahrens (§§ 209, 213) und über die Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung" als überflüssig von der Redaktionskommission der RTK. gestrichen worden. Die Aufforderung ist danach bei jeder Ladung zur mündlichen Verhandlung (nicht bloß bei den eine Instanz einleitenden Ladungen, wie Reuling: Die Zustellung einer Klage ohne Terminsbestimmung nach der RCPO, Berlin 1883, S. 25, 26 annimmt, anscheinend auch Seuffert Anm. 1) erforderlich (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 2 u. A.). Daß § 192 insbesondere auch auf die Fälle der §§ 466, 467 zutrifft, ist selbstverständlich, weil in denselben zur mündlichen Verhandlung über die Klage vor das Landgericht geladen werden muß; ebenso im Falle des § 479 (vgl. Busch, Zeitschr. IV S. 449).

Auf Termine, in welchen eine mündliche Verhandlung (vgl. § 119 Anm. 4) nicht stattfinden soll, bezieht sich § 192 nicht.

3) — „an einen Rechtsanwalt" — Ob der Rechtsanwalt bei dem Prozeßgericht zugelassen, ob er zum Prozeßbevollmächtigten bestellt ist, ist unerheblich.

§ 193.

1) Der § 193 enthält in den Abs. 1 und 2 einen der für die Konstruktion des ganzen Verfahrens wichtigsten Grundsätze. Abweichend von dem sog. Rollensystem des rheinisch-franzö-

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

N. Entw. §§ 213, 217, 219. Entw. I. § 179. Entw. II. § 181. Entw. III. § 186. Mot. S. 37, 38, 157—160. Prot. S. 74, 532.

---

sischen Prozesses und der Bayer. PO., wonach zunächst ein Schriftenwechsel unter den Anwälten ohne jede Mitwirkung des Gerichts erfolgt und die Sache erst, wenn sie zur Verhandlung in der Audienz reif erscheint, in eine auf der Gerichtsschreiberei befindliche Generalrolle eingetragen wird, um von dieser auf die Spezialrolle einer einzelnen Kammer übertragen und in der Reihenfolge, in welcher sie sich auf dieser befindet, zur Verhandlung gebracht zu werden, sieht der § 193 im Anschluß an die meisten deutschen Gesetzgebungen (Hann. PO. § 143, Württ. PO. Art. 176, 252, H. E. § 176, N. E. § 213) vor, daß die Klage schon vor der Zustellung an den Beklagten an das Gericht gelangt, und von dem Vorsitzenden (bei Amtsgerichten von dem Amtsrichter) sofort ein Verhandlungstermin anberaumt wird. Das Verfahren dabei ist folgendes: Der Kläger reicht die Klage bei dem Gerichtsschreiber ein; Letzterer legt dieselbe sofort dem Vorsitzenden vor, und dieser bestimmt binnen 24 Stunden von der Einreichung bei dem Gerichtsschreiber an gerechnet, den Verhandlungstermin. Der Kläger holt sodann die mit dem Terminsvermerk versehene Klageschrift von der Gerichtsschreiberei wieder ab und trägt für Zustellung an den Gegner Sorge. (In den Fällen der §§ 154, 458, bzw. 462 ist dies Sache des Gerichtsschreibers, sofern die Partei nicht selbst es thun zu wollen erklärt.) Ganz analog wird verfahren, wenn im Laufe des Prozesses die Ladung zu einem auf Antrag anzuberaumenden und nicht bereits verkündeten Verhandlungstermin — in einzelnen Fällen (§§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611 usw.; vgl. § 195 Anm. 2) auch trotz der Verkündung der Terminsbestimmung — in Frage steht. Dies gilt für alle Rechtsstreitigkeiten, für jede Instanz, in welcher überhaupt ein mündliches Verfahren herrscht, für die Hauptsache wie für Zwischenstreitigkeiten und für jede Art der mündlichen Prozedur (Urkundenprozeß usw.). — Ueber die Vorzüge und Nachtheile des Rollensystems vgl. Mot. S. 159, 160, Hann. Prot. I S. 28—34, V S. 1391 ff., 1498 ff., VI S. 1850 ff., XV S. 5401 ff., XVI S. 6170 ff., Leonhardt: Zur Reform des Civilprozesses in Deutschland. Hannover 1865. I S. 137 ff., II S. 90 ff.

2) Der Termin ist mit Rücksicht auf die voraussichtlich für die Parteien erforderliche Vorbereitungszeit sowie auf die Geschäftslage des Gerichts und etwaige Anträge der ladenden Partei (§ 204) auf einen näheren oder ferneren Zeitpunkt anzuberaumen. Bei einer Klage, Berufung usw. ist (abgesehen von den Fällen des § 204) die Einlassungsfrist zu wahren, bei sonstigen Ladungen die Ladungsfrist (vgl. §§ 194, 636).

3) Die Einreichung beim Gerichtsschreiber geschieht lediglich „zum Zwecke der Terminsbestimmung," welche nicht besonders beantragt zu werden braucht. Der Zweck des Termins braucht vom Vorsitzenden nicht angegeben zu werden (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 41 Nr. 64). Eine sachliche Prüfung des Inhalts des Schriftsatzes, in welchem die Ladung aufgenommen ist (§ 191 Abs. 2), und demgemäß die Abweisung eines formell oder materiell unbegründeten Gesuchs, welches äußerlich als Ladung auftritt, per decretum findet nicht statt; sie würde dem Grundsatze der Mündlichkeit widersprechen, nach welchem nur das bei der mündlichen Verhandlung Vorgetragene für den Richter maßgebend ist. Vgl. § 233 Anm. 1. [Die ausdrückliche Vorschrift des N. E. § 218, daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, ist als selbstverständlich weggelassen.] Gegen eine etwaige Verweigerung ist in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift des § 530 Beschwerde zulässig. Indessen ist immerhin nöthig, daß eine Ladung vorliegt. Einem Schriftstück also, welches nicht ergiebt, daß über einen Rechtsstreit mündlich verhandelt werden soll, oder eine Unterschrift der ladenden Partei nicht enthält, ist keine Folge zu geben. (So auch Wilm. Levy Anm. 4, Hellmann, Lehrb. S. 397 u. A). Ebenso hat im Anwaltsprozesse der Vorsitzende ein nicht von

§ 194. Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwalts-

---

einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschriebenes Gesuch um Terminsansetzung zurückzuweisen (vgl. §§ 74 Anm. 3, 121 Anm. 5, Nordd. Prot. S. 533, Petersen § 193 Nr. 2, Endemann I S. 589, Wach, Vortr. S. 61, Gaupp I S. 499 u. A.) Dagegen berechtigt der Mangel der Vollmacht im Parteiprozesse nicht zur Verweigerung der Terminsansetzung, da § 84 Abs. 2 nur dem Gericht die Berücksichtigung des Vollmachtspunktes vorschreibt und keinen Rückschluß auf die Befugniß des Vorsitzenden als solchen gestattet. Vgl. auch § 233 Anm. 1. Ebensowenig ist diese Befugniß auf andere Mängel auszudehnen, z. B. der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Legitimation des gesetzlichen Vertreters, Unzulässigkeit der Instanz oder des Rechtswegs ꝛc. [vgl. Wilm. Levy Anm. 4, A. Förster Anm. 3, Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. zum Theil, insbesondere bezüglich der Parteifähigkeit, die doch ebenso zweifelhaft sein kann, wie die Prozeßfähigkeit, und der Unzulässigkeit der Instanz, welche von der Frage der formellen Zulässigkeit des Rechtsmittels grundsätzlich nicht getrennt werden kann, Eccius in Gruchot Beitr. XXIX S. 7 ff.], oder auf Mängel in den Erfordernissen der Ladung bzw. Klage. (So auch Seuffert a. a. O., Fortenbach in Busch, Zeitschr. VIII S. 153 ff., Gaupp I S. 493, 496 u. A. A. M.: Eccius a. a. O. S. 9 ff., Wach, Vortr. S. 24, Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 273) oder darauf, ob die Sache sich zur mündlichen Verhandlung eignet, z. B. bei der fakultativ mündlichen Verhandlung (vgl. Fortenbach a. a. O. S. 157 ff. A. M.: Eccius a. a. O. S. 18 ff., Wilm. Levy a. a. O., Seuffert a. a. O.), da dem Vorsitzenden nirgends eine solche Befugniß eingeräumt ist und dieselbe in ihren Konsequenzen wieder zur Abweisung per decretum führen würde. Vgl. auch §§ 119 Anm. 4, 230 Anm. 8. Die Aufhebung eines bestimmten Termins durch Gerichtsbeschluß ohne mündliche Verhandlung ist unzulässig (A. M. RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 269 Nr. 6).

4) Ausnahmen von dem Grundsatze, daß die Mitwirkung des Gerichts bei der Einleitung des Rechtsstreits lediglich eine formelle ist, finden in Ehesachen (§ 570), im Entmündigungsverfahren (§ 597) und im Aufgebotsverfahren (§ 824) statt, welche letzteren beiden übrigens nicht den Charakter eines eigentlichen Prozeßverfahrens an sich tragen. Eine andere Ausnahme kommt bei denjenigen Verfahrensarten vor, bei welchen ohne vorgängiges Gehör des Gegners eine Verfügung (Befehl) erlassen werden kann, wie z. B. im Mahnverfahren (§ 628), beim Arreste (§§ 801 ff.), der einstweiligen Verfügung (§§ 814 ff.). [Vgl. Bolgiano S. 40 ff.]

5) Die Zustellung einer Klage oder eines anderen Schriftsatzes (Einspruchs-, Berufungsschrift usw.) ohne Ladung überhaupt ist, wie die Mot. hervorheben, so wenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termine von rechtlicher Bedeutung für den Gegner (vgl. §§ 230, 305, 479 usw.). Die Bestimmung des H. E. § 177, daß die rechtliche Wirkung der Zustellung auch ohne vorgängige Anberaumung eines Termins eintreten, und in diesem Falle die Gegenpartei die Befugniß haben soll, ihrerseits die Anberaumung nachträglich zu beantragen, hat keine Aufnahme gefunden. [Vgl. auch RG. IX S. 389; XIII S. 334, OLG. Celle in Seuffert Arch. 40 Nr. 62, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 1 u. A. A. M. Reuling: Die Zustellung einer Klage ohne Terminsbestimmung nach d. RCPO., welcher eine allgemeine in jus vocatio von den Ladungen zu einzelnen Terminen unterscheidet; eine solche in jus vocatio kennt aber die CPO. nicht; sie würde zu dem Rollensystem (Anm. 1) zurückführen.]

6) Der Grundsatz der richterlichen Terminsbestimmung erleidet in amtsgerichtlichen Prozessen insofern eine Ausnahme, als nach § 461 an ordentlichen Gerichtstagen die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen können (vgl. auch § 471).

7) Abs. 3: — „allgemeine Feiertage" — vgl. § 171 Anm. 1.

§ 194.

1) Die CPO. unterscheidet die Frist zwischen der Zustellung der ersten einen Rechtsstreit in der Instanz einleitenden Schrift (Klage-, Berufungs-, Revisionsschrift) und dem Termine zur

prozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

N. Entw. § 214. Entw. I. § 180. Entw. II. § 182. Entw. III. § 187. Mot. S. 161, 162. Prot. S. 74.

§ 195. Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

N. Entw. § 215. Entw. I. § 181. Entw. II. § 183. Entw. III. § 188. Mot. S. 158. Prot. S. 74.

---

mündlichen Verhandlung („Einlassungsfrist“ — §§ 234, 459, 481, 517, 567 Abs. 2, GVG. § 102) von der Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll („Ladungsfrist“ — §§ 194, 462, 636). Die letztere ist auch bei den von Amtswegen erfolgenden Ladungen (vgl. § 191 Anm. 2) zu beobachten. Vgl. auch § 195 Anm. 1.

In dem Worte „zwischen“ liegt, daß der volle Zeitraum einer Woche usw. zwischen dem Anfang und Endpunkt der Frist frei bleiben muß, also z. B. im Anwaltsprozesse eine Ladung zum 9. Februar spätestens am 1. Februar zugestellt sein muß. Ebenso verhält es sich mit den Einlassungsfristen und den Fristen für die vorbereitenden Schriftsätze.

2) Außer den Einlassungs- und Ladungsfristen kennt die CPO. von besonderen Fristen noch die Fristen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze (§§ 123, 244, 245 Abs. 2 484, 519), welche mit jenen beiden die sog. Zwischenfristen bilden, und die Nothfristen (§§ 304, 477, 514, 540 Abs. 2, 549, 835, 870). Ueber erstere vgl. § 123 Anm. 2, über letztere § 201 Anm. 4.

3) Ueber die allgemeine Eintheilung der Fristen in richterliche und gesetzliche vgl. §§ 198—204 Anm. 1.

4) Die Ladungsfrist ist eine Minimalfrist; sie kann aber unter Umständen abgekürzt werden. Vgl. §§ 202 u. 204.

Ist die Frist nicht eingehalten, so kann der erschienene Gegner Vertagung verlangen (vgl. § 90); gegen den nicht erschienenen kann ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden (§ 300 Nr. 2); vgl. auch § 302.

§ 195.

1) Vgl. § 191 Anm. 2; s. auch § 132 Anm. 5. Ob die Parteien bei der Verkündung gegenwärtig waren, ist gleichgültig (§§ 283, 294 Abs. 2). Ein entgegengesetzter Antrag ist von der RTK. abgelehnt. Die abwesende Partei hat die Verpflichtung, sich nach dem Termin zu erkundigen. Die Frist des § 194 ist auch hier zu beobachten, weil die Verkündung die Ladung ersetzt (vgl. d. Mot.), und in den bei weitem meisten Fällen (z. B. wenn wegen ungenügender Vorbereitung einer Partei eine Vertagung beschlossen wird) dieselben sachlichen Gründe die Innehaltung der Ladungsfrist gebieten, wie in denjenigen Fällen, in welchen eine eigentliche Ladung stattfinden muß. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 194 Anm. A. M.: Gaupp I S. 501, Fischer a. a. O. S. 812 a. E., A. Förster Anm. 1, Seuffert Anm. 2.)

2) Ausnahmen von der Regel des § 195 s. in den §§ 300 Abs. 2 (vgl. § 300 Anm. 5), 302 (vgl. § 302 Anm. 4), 316 Abs. 1 (vgl. § 316 Anm. 3), 578 Abs. 2, 611 Abs. 1, 620, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4. In allen diesen Fällen hat die erschienene Partei, wie auch die Mot. hervorheben, die abwesende zu dem neuen Termine zu laden. (So auch Wilm. Levy § 191 Anm. 1, Kleiner I S. 638. A. M. Baron in Busch, Zeitschr. I S. 411 ff.) Abgesehen von diesen Fällen ist aber die Anwendung des § 195 nicht von der Anwesenheit beider Parteien in der mündlichen Verhandlung abhängig (So OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. IV S. 456 ff., A. Förster Anm. 4a, Seuffert § 295 Anm. 3, § 300 Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 628, D. J. Ztg. 1882 S. 628. A. M.: Fischer a. a. O. S. 829, Baron a. a. O. S. 412, Endemann II S. 156, 157.)

§ 196. Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

N. Entw. § 216. Entw. I. § 182. Entw. II. § 184. Entw. III. § 189. Mot. — Prot. S. 74.

§ 197. Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

N. Entw. §§ 220. Entw. I. § 183. Entw. II. § 185. Entw. III. § 190. Mot. S. 161. Prot. S. 74, 533.

---

§ 196.

1) Abs. 1: „Einnahme eines Augenscheins" — vgl. §§ 135, 336, 447.

„Verhandlung — — — Person" — vgl. §§ 340 Nr. 3, 347 Abs. 1.

— „eine sonstige — — — kann" — vgl. § 399, HGB. Art. 38. Bloße Zweckmäßigkeitsrücksichten, z. B. Kostenersparung bei Zeugenvernehmungen, rechtfertigen die Abhaltung des Termins außerhalb der Gerichtsstelle nicht. (So Petersen § 196 Nr. 1, Seuffert Anm. 1, Bolgiano S. 389 Anm. *, Gaupp I S. 502 u. A. A. M.: Puchelt I S. 474, Uebel I S. 185.)

Ueber die Frage wegen Oeffentlichkeit der Verhandlungen außerhalb der Gerichtsstelle s. GVG. § 170 Anm. 2.

2) Abs. 2: vgl. § 5 des EG. z. CPO. Die Vorschrift gilt nicht bloß für den eigenen Staat des betreffenden Landesherrn, sondern für alle deutschen Gerichte.

§ 197.

1) Abs. 1: Ueber die Bestimmung einer Terminsstunde ist eine besondere Vorschrift nicht aufgenommen. Hierdurch wird die Festsetzung einer solchen selbstverständlich nicht ausgeschlossen; sie soll vielmehr sogar die Regel bilden, wie der Vertreter der Reichsregierung auf Anfrage in der RTK. erklärt hat.

Ist eine bestimmte Stunde bezeichnet, so versteht es sich von selbst, daß der Aufruf nicht vor Eintritt dieser Stunde erfolgen darf, weil der Termin auf einen früheren Zeitpunkt gar nicht angesetzt war. Die desfallsige ausdrückliche Vorschrift des N. E. § 220 Abs. 1 ist für überflüssig erachtet worden. Ebenso ist es selbstverständlich, daß der Aufruf nach Anbruch der Terminsstunde bis zum Ende der Gerichtszeit in jedem Zeitpunkte erfolgen kann; die Parteien müssen nöthigenfalls bis zum Ende der Gerichtszeit warten. (Seuffert Anm. 1, Endemann I S. 594 u. A.)

Ist eine bestimmte Stunde nicht bezeichnet, so kann der Aufruf (mit der Versäumnißfolge — s. Abs. 2) zu der Tageszeit stattfinden, zu welcher das Gericht regelmäßig seine Sitzungen beginnt. (So Petersen § 197 Nr. 3, Wach, Vortr. S. 115 Anm. *, Gaupp I S. 503, 504 u. II S. 181 Anm. *, Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 261, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Bolgiano S. 106, welcher die Versäumnißfolge erst mit Ablauf der vormittägigen resp. nachmittägigen Gerichtszeit eintreten lassen will.)

2) Abs. 2: Die Versäumung tritt nicht, wie im früheren preuß. Prozesse, schon mit dem Beginne des Termins ein; eine Partei, welche erscheint, während die rechtzeitig erschienene Partei noch verhandelt, ist mithin gleichfalls noch zur Verhandlung zuzulassen. Erst der Schluß der Verhandlung (§ 127 Abs. 4) bewirkt die Ausschließung. Selbstverständlich kann die Verhandlung auch in diesem Falle wieder eröffnet werden (vgl. § 142). Die Folgen der eingetretenen Versäumniß aber bleiben ebenso bestehen, wie die Wirkungen der von der erschienenen Partei abgegebenen Erklärungen (vgl. § 307). [Vgl. Schwalbach a. a. O. S. 262, Wilm. Levy Anm. 2. A. M. zum Theil A. Förster Anm. 4.] Hat sich eine Partei inzwischen entfernt, so ist ein neuer Verhandlungstermin zu verkünden (vgl. § 142 Anm.).

§ 198. Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer

---

§§ 198—204.

1) Die CPO. unterscheidet in Uebereinstimmung mit dem hergebrachten juristischen Sprachgebrauche zwischen richterlichen und gesetzlichen Fristen — ein Unterschied, welcher in den Vorschriften über die Zulässigkeit der Erstreckung und Abkürzung (§§ 202—204) praktisch hervortritt. Erstere sind die vom Richter im einzelnen Falle vorgeschriebenen, zu deren Beginn es also einer richterlichen Verfügung bedarf, mag für die Dauer auch mehr oder weniger eine gesetzliche Vorschrift maßgebend sein (s. Mot. S. 161), letztere die von dem Gesetz allgemein bestimmten, rücksichtlich ihres Beginns unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß — wohin auch die Zustellung eines Schriftsatzes gehört (vgl. z. B. § 194) — geknüpften, wenngleich hinsichtlich der Dauer nicht absolut fixirten Fristen (Wetzell S. 935 ff.; Renaud S. 214). — Zu den gesetzlichen Fristen sind hiernach auch die Ladungsfristen, Einlassungsfristen und die für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmten Fristen (§ 194 Anm. 1 u. 2) zu zählen. Denn dieselben sind, wiewohl auf ihre Dauer im einzelnen Falle die vom Richter erfolgende Anberaumung des Termins mittelbar Einfluß äußert, doch ihrem Wesen nach gesetzlich bestimmte Minimalfristen. Zwar sagen die Mot. S. 161:

> „Richterliche Fristen werden von dem Richter gegeben, die Dauer der Frist mag durch das Gesetz genau begrenzt, oder ihre Bemessung dem richterlichen Arbitrium innerhalb gewisser Schranken überlassen sein; dahin gehören u. a. die Einlassungs-, Ladungs- und die zur Vorbereitung durch Schriftsätze bestimmten Fristen."

Allein die CPO. selbst dürfte von einer anderen Auffassung ausgehen. Denn § 198 Abs. 1 unterstellt offenbar, daß in demjenigen Schriftstücke, mit dessen Zustellung der Lauf einer richterlichen Frist beginnen soll, die Frist vom Richter festgesetzt ist, während bei den Einlassungsfristen usw. der Richter eine Frist überhaupt nicht festsetzt, sondern einen Termin, welcher in diesem ganzen Titel, wie überhaupt in der CPO., scharf von der Frist gesondert gehalten wird und nur indirekt auf die Dauer der Frist einwirkt. Ferner würde § 204 Abs. 1 überflüssig sein, wenn die Einlassungsfristen usw. nicht gesetzliche Fristen wären, weil bezüglich der richterlichen Fristen sich im Wesentlichen die nämliche Bestimmung im § 202 Abs. 2 befindet, während bezüglich der gesetzlichen Fristen daselbst auf die besonders bestimmten Fälle — wohin namentlich die Fälle des § 204 Abs. 1 gehören — verwiesen wird. Auch hat der Vertreter der Regierungen in der RTK. erklärt, die angeführte Aeußerung sei nur dogmatischer Natur; die Sache sei zweifelhaft, indem der Begriff „richterliche" und „gesetzliche Frist" nicht feststehe, und es solle der Doktrin überlassen bleiben, ob die Einlassungs- und Ladungsfristen unter die richterlichen oder die gesetzlichen Fristen zu subsumiren seien (Prot. S. 85). Noch deutlicher tritt in der Fassung und Anordnung der §§ 189—191 des H. E. und der §§ 229—231 des N. E. hervor, daß die Einlassungsfristen usw. daselbst unter die gesetzlichen Fristen gerechnet werden. Uebrigens hat die ganze Frage nur eine untergeordnete praktische Bedeutung, da, mag man die Einlassungsfristen usw. als richterliche oder als gesetzliche Fristen betrachten, man nach den Bestimmungen der §§ 198, 202, 203 in allen wesentlichen Punkten zu dem gleichen Ergebnisse gelangt. (Ebenso Seuffert S. 222 Anm. *, Wilm. Levy S. 268 ff., Petersen § 198 I 2, Endemann I S. 584, Fitting § 35 S. 110, Bolgiano S. 392, Gaupp I S. 506, 507, A. Förster § 194 Anm. 1bb. A. M. zum Theil v. Bülow S. 129, 130.)

2) Sonstige gesetzliche Fristen sind die Nothfristen (vgl. §§ 194 Anm. 2, 201 Abs. 2 und 3), die Fristen der §§ 212, 213, 291, 292, 605, 624, 632 u. a. Richterliche Fristen können namentlich da, wo das Verfahren kein mündliches ist, z. B. in den Fällen der §§ 536 Abs. 2, 133 Abs. 2, 245 Abs. 2, 806 Abs. 1 festgesetzt werden. Vgl. aber außerdem z. B. §§ 105,

Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

N. Entw. §§ 221, 222. Entw. I. § 184. Entw. II. § 186. Entw. III. § 191. Mot. S. 162, 163. Prot. S. 74.

§ 199. Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist,

---

304 Abs. 2, 321, 329 Abs. 3, 393, 396. Eine vollständige Zusammenstellung s. bei Seuffert S. 222 ff., A. Förster § 194 Anm. 1.

3) Die CPO. kennt, abweichend von dem französischen und bayerischen Rechte und von dem N. E., aber im Einklang mit den meisten deutschen Gesetzgebungen, keine der Dauer — nicht bloß dem Minimum — nach gesetzlich fest begrenzte Fristen für die Zustellung der vorbereitenden Schriftsätze und demgemäß auch keine gesetzlichen Zusatzfristen für den Fall, daß die Gegenpartei im Auslande wohnt. In dem letzteren Falle wird dem eintretenden Bedürfnisse einer längeren Frist bei den Einlassungsfristen durch die dem Vorsitzenden bzw. dem Gerichte in den §§ 234, 304, 459, 481, 517 ertheilten besonderen Befugnisse, bei den Ladungs- und sonstigen Fristen durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 202, 205, 206 über Fristverlängerung, Terminsverlegung und Vertagung der Verhandlung Genüge geleistet.

§ 198.

1) Abs. 1.: Derselbe bezieht sich lediglich auf richterliche Fristen. Für die gesetzlichen Fristen bedarf es eines allgemeinen Satzes über den Beginn des Laufes nicht, weil das Gesetz für jede gesetzliche Frist den Beginn derselben an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß knüpft (vgl. §§ 198—204 Anm. 1 i. A.), z. B. den Beginn der Rechtsmittelfristen an die Zustellung des angefochtenen Urtheils (§§ 477, 514).

2) — „wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf“ — vgl. § 283 Anm. 2. Nach den Mot. beginnt in diesen Fällen der Lauf der Frist mit der Verkündung derselben, „weil die Zustellung der Urtheile, der verkündeten Beschlüsse und Verfügungen in der Hand der Partei liegt, der Richter daher bei seinen Fristbestimmungen keinen Anhalt für sein Ermessen finden würde, wenn die angeordnete Frist erst von der Zustellung seiner Entscheidung ab liefe.“

— „sofern nicht — — bestimmt wird“ — Dies kann geschehen in Fällen, in welchen der Lauf sonst von der Verkündung, und in solchen, in welchen er sonst von der Zustellung abhängen würde.

3) Abs. 2: Diese Bestimmung bezieht sich auf richterliche und gesetzliche Fristen, hat aber zur Voraussetzung, daß der Beginn der Frist (z. B. für den Einspruch, die Berufung usw.) von einer Zustellung, und zwar auf Betreiben einer Partei, abhängig ist. Durch dieselbe in den meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. z. B. Hann. PO. § 148, H. E. § 182, N. E. § 222) im Gegensatz zum französischen Prozeß (nul se forclôt soi-même) sich findende Bestimmung werden die Kosten und Weitläufigkeiten mehrfacher und gegenseitiger Zustellungen nebst dem Uebelstande vermieden, daß für jede Partei, je nach dem Zeitpunkt der an sie geschehenen Zustellung, der Beginn und Lauf der Fristen ein verschiedener ist. Wird mehreren Streitgenossen an verschiedenen Tagen zugestellt, so laufen auch dem Zustellenden verschiedene Fristen, je nachdem er den einzelnen Streitgenossen gegenübersteht (vgl. §§ 199, 200 Anm. 2). Bei einer Zustellung von Amtswegen (vgl. z. B. § 582) ist für jede Partei der Tag maßgebend, an welchem ihr das Urtheil bzw. der Beschluß zugestellt wird (vgl. RG. VII S. 364 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 68). Anders bei den vom Gerichtsschreiber im vermutheten Auftrage besorgten Zustellungen (vgl. § 458 Anm. 1).

Vgl. StrPO. §§ 42, 43.

§§ 199, 200.

1) Die §§ 190, 200 regeln die Berechnung der (gesetzlichen und richterlichen) Fristen im Wesentlichen entsprechend den Art. 32 und 92 der WO. und den Art. 328, 329 d. HGB. (s. auch Hann. PO. § 146). [Vgl. RG. VII S. 277 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 290.]

wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

N. Entw. § 223. Entw. I. § 185. Entw. II. § 187. Entw. III. § 192. Mot. S. 163. Prot. S. 74.

§ 200. Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

N. Entw. § 225. Entw. I. § 186. Entw. II. § 188. Entw. III. § 193. Mot. S. 163. Prot. S. 74.

Ueber die Berechnung der nach Stunden und der nach Jahren bestimmten Fristen enthält die CPO. keine Vorschriften. Erstere — 24 stündige Fristen kommen mehrfach vor (vgl. z. B. §§ 193 Abs. 2, 194, 234 Abs. 1, 459 Abs. 1, 567 Abs. 2) — werden a momento ad momentum berechnet (Wilm. Levy § 199 Anm. 1, Seuffert S. 223 u. A.), eine Berechnungsweise, welche im Uebrigen in der CPO. grundsätzlich ausgeschlossen ist (Bolgiano S. 400); bei letzteren (s. z. B. §§ 212 Abs. 3, 549 Abs. 2, 580 Abs. 2, 835 Abs. 2) ist nach Analogie des § 200 der wiederkehrende Jahrestag als der letzte Tag der Frist anzusehen (Seuffert S. 223, Gaupp I S. 510, Petersen §§ 199, 200 III 3, Schwalbach a. a. O. S. 276 u. A. Wilm. Levy § 200 Anm. 1 wollen auch § 190 auf Jahresfristen anwenden). Vgl. auch RG. XI S. 45.

Eine vollständige Zusammenstellung der nach Tagen, Stunden, Wochen, Monaten und Jahren sich bestimmenden Fristen der CPO. s. bei Seuffert a. a. O.

2) Bei Streitgenossen ist, abgesehen von Fällen der nothwendigen Streitgenossenschaft (§ 59), nach dem allgemeinen Grundsatze des § 58 für jeden Streitgenossen die Frist besonders zu berechnen. Die Bestimmung des H. E. § 185 (vgl. Bayer. PO. Art. 210), daß diejenige Frist, welche zuletzt abläuft, allen Streitgenossen zustehen soll, hat keine Aufnahme gefunden.

§ 199.

1) Jede nach Tagen bestimmte Frist läuft mit dem Ende des letzten Tages ab (s. §§ 199, 200 Anm., N. E. § 225; Mot. S. 163). Der Schalttag (vgl. Preuß. ALR. I 9 § 549) wird als ein voller Tag mitgezählt (s. auch Dernburg I § 70 S. 145, Förster (Eccius) I § 45 S. 253).

2) Den Satz des § 224 des N. E. (auch HGB. Art. 328 Nr. 1), daß unter einer auf acht oder vierzehn Tage bestimmten Frist volle acht oder vierzehn Tage, ausschließlich des in § 199 gedachten Tages, zu verstehen seien, bezeichnen die Mot. mit Recht als selbstverständlich (A. M. bezüglich der „acht Tage" Wilm. Levy Anm. 1, Siebenhaar S. 219; vgl. dagegen Petersen §§ 199, 200 Nr. 3, Kleiner I S. 644, Gaupp I S. 509, A. Förster Anm. 2).

§ 200.

1) Der Abs. 2, welcher mit WO. Art. 92 übereinstimmt, aber von HGB. Art. 330 Abs. 2 abweicht, gilt, wie seine Entstehungsgeschichte ergiebt, auch für die nach Tagen und entsprechend für die nach Jahren bestimmten Fristen. (Vgl. §§ 199, 200 Anm. 1, N. E. § 225, Wilm. Levy Anm. 2, Bolgiano S. 401, Petersen §§ 199, 200 I 3, Voitus, Kontroversen I, Berlin 1881, S. 431 ff. u. A.)

Ueber den Begriff „allgemeinen Feiertag" s. § 171 Anm. 1.

2) Der Abs. 2 kommt auf alle Fristen, auch auf „Zwischenfristen" (§ 194 Anm. 2) zur Anwendung. (So auch Wilm. Levy Anm. 3, Petersen a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 368. A. M. ohne Grund bezüglich der Zwischenfristen: Seuffert Anm. 3, A. Förster § 194 Anm. 2d.)

§ 201. Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

N. Entw. § 226. Entw. I. § 187. Entw. II. § 189. Entw. III. § 194. Mot. S. 163. Prot. S. 74, 333, 534.

---

§ 201.

Literatur: Alexander=Katz in Busch, Zeitschr. VII S. 500 ff.

1) Der § 201 regelt den Einfluß der Gerichtsferien auf den Lauf der (gesetzlichen auch richterlichen) Fristen. Die Bestimmungen über die Gerichtsferien selbst, deren Dauer und die während derselben zu erledigenden Sachen enthält das GVG. §§ 201—204. Wegen des Arrest- und des Mahnverfahrens vgl. GVG. §§ 202 Anm. 2, 204 Anm. 1.

Auf Jahresfristen (vgl. §§ 549 Abs. 2, 835 Abs. 2, 870 Abs. 2) und ähnliche Verjährungs- oder Präklusivfristen (vgl. Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 § 150, D. J. Ztg. 1884 S. 384. A. M. das. S. 281) findet Satz 1 keine Anwendung (wie auch Seuffert S. 223, Fitting § 35 Anm. 14 und im civ. Arch. 61 S. 417 ff., Schwalbach das. 66 S. 276, Gaupp I S. 515, 516, Sarwey I S. 296, Wilm. Levy § 200 Anm. 1, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 738, Alexander=Katz a. a. O. S. 508 u. A. mit Recht — jedoch ohne Uebereinstimmung in den Gründen — annehmen), da sie nicht Fristen innerhalb eines anhängigen Verfahrens sind, sondern die Zulässigkeit eines neuen Verfahrens selbst begrenzen. Ebensowenig findet Satz 1 auf die Frist des § 193 Abs. 2 Anwendung, weil dieselbe nicht den Parteien, sondern dem Richter gesetzt ist (Eccius a. a. O. S. 739, Fischer a. a. O. S. 685, Alexander=Katz a. a. O. S. 509, 510 u. A.; vgl. auch GVG. § 202 Anm. 1).

2) Nach Abs. 1 kann während der Ferien weder eine Frist ihren Lauf beginnen noch eine vorher begonnene ihren Lauf fortsetzen; die Ferienzeit wird überhaupt bei Berechnung der Fristen nicht mitgezählt. Es wird mithin zwar die Monatsfrist nach dem Grundsatze des § 200 berechnet; diejenigen Tage aber, welche nach dieser Berechnung in die Ferien fallen würden, werden erst vom 16. September an gezählt. (Zustimmend Bolgiano S. 402, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 100, Seuffert Anm. 3; vgl. auch Hellmann I S. 651, Petersen § 201 Nr. 1.) Dies gilt auch von den in § 204 Abs. 1 bezeichneten Fristen (vgl. §§ 198—204 Anm. 1), welche nach Gaupp I S. 515 u. Schwalbach a. a. O. S. 265 nicht von einem gewissen Zeitpunkte an „laufen"; denn wenngleich dieselben vom Endpunkte an rückwärts berechnet werden, so beginnt ihr Lauf doch vom Tage der Zustellung bzw. Verkündung. (So auch Wilm.-Levy Anm. 1, Alexander=Katz a. a. O. S. 511 ff., Hellmann, Lehrb. S. 361. A. M.: Gaupp a. a. O., Schwalbach a. a. O., Seuffert Anm. 5, A. Förster Anm. 2.)

3) Eine Ausnahme macht Abs. 2 bezüglich der Nothfristen und aller Fristen in Feriensachen; beide Arten von Fristen beginnen und laufen auch in den Ferien. Vgl. Prot. z. GVG. S. 695 ff.

4) Abs. 3: Eine Definition der Nothfristen wird nicht gegeben; die CPO. bezeichnet vielmehr diejenigen Fristen, welche sie als Nothfristen behandelt wissen will, ausdrücklich als solche. Ein vollständiges Verzeichniß derselben s. in § 194 Anm. 2. Die im N. E. § 226 Abs. 2 gegebene Definition — zur Einlegung von Rechtsmitteln bestimmte Fristen — paßt nicht, weil die CPO. nicht alle Rechtsbehelfe, deren Ergreifung an eine Nothfrist geknüpft ist, z. B. den Einspruch (§ 304), die Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 835), zu den Rechtsmitteln zählt (vgl. d. allg. Bem. z. dritten Buch unter 1, Schwalbach a. a. O. S. 273 ff.). — Ein

§ 202. Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

N. Entw. §§ 228, 229. Entw. I. § 188. Entw. II. § 190. Entw. III. § 195. Mot. S. 164. Prot. S. 75, 534, 535.

---

charakteristischer Unterschied der Nothfristen von anderen gesetzlichen Fristen ist der, daß gegen ihren Ablauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211 und 213) stattfindet, gegen den Ablauf anderer gesetzlichen Fristen dagegen nicht. Einen anderen Unterschied s. in §§ 202 Abs. 1. Vgl. noch EG. z. CPO. § 19 Abs. 2.

§§ 202—204.

Die §§ 202—204 handeln von der Verlängerung und Abkürzung der Fristen, und zwar § 202 Abs. 1 durch Vereinbarung der Parteien, § 202 Abs. 2 und §§ 203, 204 durch Beschluß des Gerichts bzw. Verfügung des Vorsitzenden; § 202 Abs. 3 giebt eine generelle, auf alle Fälle der Verlängerung sich beziehende Auslegungsvorschrift.

§ 202.

1) Der Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, daß die Dauer der Fristen dem freien Verfügungsrechte der Parteien unterliegt. In Anwaltsprozessen können die Anwälte ohne besondere Vollmacht ihrer Parteien eine derartige Vereinbarung treffen (§ 77); ja, die Befugniß hierzu kann ihnen nicht einmal in der Vollmacht entzogen werden (§ 79). Maßregeln gegen eine mißbräuchliche Anwendung dieser Befugniß, wie sie z. B. Hann. PO. § 152 Abs. 3 enthält, hat die CPO. nicht aufgenommen. — Einer Form für die Vereinbarung bedarf es auch da nicht, wo nach bürgerlichem Rechte Verträge an Formvorschriften gebunden sind. Die Vereinbarung kann auch stillschweigend (durch konkludente Handlungen) erfolgen. Wegen stillschweigenden Verzichts auf die Geltendmachung kommt § 267 zur Anwendung.

2) Eine Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 1 wird in Uebereinstimmung mit den meisten Gesetzgebungen hier nur bezüglich der Nothfristen (vgl. §§ 194 Anm. 2, 201 Anm. 4) gemacht. Eine Konsequenz dieser Ausnahme enthalten § 228 Abs. 1 Satz 2 sowie die §§ 306, 497, 529 insofern, als dort bestimmt ist, daß das Gericht von Amtswegen zu prüfen habe, ob der Einspruch bzw. die Berufung oder Revision in der gesetzlichen Frist eingelegt sei. Eine weitere Ausnahme enthält § 212 Abs. 2. Vgl. auch § 213 Anm. 5.

3) Abs. 2: Das Gericht kann eine Abkürzung oder Verlängerung einer Frist — richterlichen oder gesetzlichen — nur auf Antrag einer Partei oder eines sonst Betheiligten, nicht von Amtswegen (anders bei Terminen — § 206) beschließen, und auf Antrag auch nur dann, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind. Ob dieses der Fall, unterliegt der freien Würdigung des Gerichts. In Bezug auf gesetzliche (nicht auf richterliche) Fristen ist das Gericht außerdem noch an die im Gesetze besonders bestimmten Fälle gebunden. Einen solchen Fall enthält u. A. hinsichtlich der Abkürzung § 204 Abs. 1 (hinsichtlich der Verlängerung war hier wegen des fehlenden gesetzlichen Maximums eine Bestimmung nicht erforderlich; s. auch Gaupp I S. 520 gegen Sarwey I S. 298, 300), hinsichtlich der Verlängerung § 189 Abs. 1, hinsichtlich beider § 125 Abs. 2.

Die Verlängerung ist auch nach Ablauf der Frist zulässig, wenn das Gesuch schon vorher gestellt war. (Zustimmend Bolgiano S. 414, Gaupp I S. 518 u. A.)

4) Abs. 3: Die Vorschrift gilt für die Verlängerungen des Abs. 1 wie des Abs. 2. Vgl. HGB. Art. 333.

§ 203. Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

N. Entw. § 230. Entw. I. § 189. Entw. II. § 191. Entw. III. § 196. Mot. S. 164. Prot. S. 75.

§ 204. Einlassungsfristen, Ladungsfristen sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

---

§ 203.

1) Der § 203 regelt das Verfahren für die Abkürzung oder Verlängerung einer (richterlichen oder gesetzlichen) Frist durch das Gericht. — Abweichend von dem Grundsatze der Mündlichkeit (§ 119), kann über desfallsige Gesuche ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Dieser Satz bezieht sich auch auf die Fälle des Abs. 2, in welchen eine zuvorige Anhörung des Gegners vorgeschrieben ist; die Anhörung kann auch schriftlich erfolgen. Vgl. § 119 Anm. 4.

Das Gesuch („Antrag" in § 202 Abs. 2 — vgl. Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 231) unterliegt nach der Regel des § 74 Abs. 1 in Anwaltsprozessen dem Anwaltszwange, da der Abs. 2 das. auf dasselbe nicht anwendbar ist. (So auch Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 519, Petersen §§ 202—204 II 4, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M.: Hellmann I S. 564 Anm. 1, Bolgiano S. 412.)

2) Nach Abs. 2 ist eine vorgängige Anhörung des Gegners bei einem Gesuche um eine erstmalige Verlängerung überhaupt nicht und bei einem Gesuche um Abkürzung oder um eine (nach erstmaliger richterlicher Bewilligung) wiederholte Verlängerung dann nicht erforderlich, wenn das Gericht das Gesuch abschlägt. Vgl. übrigens § 204 Abs. 3.

3) Abs. 3: Gegen einen Beschluß, durch welchen das Gesuch um Verkürzung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nach dem allgemeinen Grundsatze des § 530 die Beschwerde statt, weil das Gesuch das Verfahren betrifft und die Entscheidung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert. — Der Beschluß, durch welchen das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung bewilligt wird, kann nach Lage des Falls in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift des § 473 der Berufung, event. sogar der Revision (§ 511) unterliegen. (Ebenso Petersen a. a. O. II 5, Endemann I S. 601, Wilm. Levy Anm. 2.) In einer grundlosen und übermäßigen Verlängerung kann auch eine Justizverzögerung liegen (vgl. § 530 Anm. 2).

4) Die Abkürzung oder Verlängerung geschieht gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 1; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

§ 204.

1) Der § 204 enthält besondere, erleichternde Bestimmungen über die Abkürzung der Einlassungsfristen (§ 234), Ladungsfristen (§ 194) und der für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmten Fristen (§ 123). Ueber die Bedeutung dieser Fristen, der s. g. Zwischenfristen, vgl. § 194 Anm. 1 und 2. — Von dem allgemeinen Grundsatze des § 202 Abs. 2 wird insofern abgewichen, als von dem Erfordernisse der Glaubhaftmachung erheblicher Gründe abgesehen wird; der Vorsitzende bzw. das Gericht kann mithin, auch wenn die Partei keinerlei Bescheinigungen beibringt, die erbetene Abkürzung bewilligen, sobald dieselbe ihm nach Lage des Falls gerechtfertigt zu sein scheint. (Ebenso Petersen a. a. O. II 2, Endemann I S. 601, Gaupp I

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

N. Entw. § 231. Entw. I. § 190. Entw. II. § 192. Entw. III. § 197. Mot. S. 164. Prot. S. 75.

§ 205. Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

S. 520, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.) Das bloße Andringen mehrerer Gläubiger ist kein genügender Grund (s. OLG. München in Busch, Zeitschr. III S. 153). Wegen der hierdurch dem Verfahren gegebenen Elastizität hat, wie die Mot. hervorheben, die CPO. von der Aufstellung eines beschleunigten (summarischen) Verfahrens für bestimmte Kategorieen von Sachen absehen und sich selbst für die summarische Prozedur im Urkunden- und Wechselprozesse auf die Anordnung einer kürzeren Einlassungsfrist für den Wechselprozeß (§ 567 Abs. 2) beschränken können. Die Abkürzung findet aber nur „auf Antrag" statt (vgl. § 37 Anm. 1).

2) Der Abs. 2 beseitigt einen Zweifel, welcher für den Fall entstehen könnte, daß in Folge der Abkürzung die Vorbereitung durch Schriftsatz innerhalb des zwischen der Zustellung der Ladung und dem Termine liegenden Zeitraums unmöglich wird; die Rücksicht auf die schriftliche Vorbereitung soll hier gegenüber der Rücksicht auf beschleunigte Erledigung der Sache zurücktreten. Dabei steht aber, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, der Abs. 2 selbstverständlich einer Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht entgegen, wenn sich herausstellen sollte, daß die Einlassungs- oder Ladungsfrist so kurz bemessen war, daß dem Geladenen die zur Vorbereitung der Vertheidigung nothwendige Zeit nicht verblieben ist.

3) Der § 204 bezieht sich, wie aus der Natur der hier in Frage stehenden Fristen hervorgeht, nur auf Fälle, in welchen gleichzeitig mit dem Gesuche um Terminsbestimmung eine Abkürzung der Fristen erbeten wird (Nordd. Prot. S. 389). In der Regel wird alsdann der Vorsitzende über die Abkürzung zu entscheiden haben (Abs. 3); wo aber in einem anhängigen Prozesse das Gericht über die Anberaumung eines neuen Termins zu befinden hat, also wenn der Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt wird (z. B. im Falle des § 300) wird dasselbe auch über die erbetene Abkürzung entscheiden müssen. [Ebenso Petersen a. a. O. II 3, Endemann I S. 602, Sarwey I S. 301. Die Ansicht Seuffert's Anm. 2, daß der Vorsitzende die Abkürzung nur bewilligen dürfe, zur Ablehnung aber nur das Gericht befugt sei, an welches das Gesuch daher eventuell abzugeben sei, folgt keineswegs mit Nothwendigkeit aus der Fassung des Abs. 3, sondern beruht auf einem argumentum e contrario, welches hier um so weniger zulässig ist, als der Nachdruck auf den Worten „bei Bestimmung des Termins" liegt (vgl. Anm. 4), und als die Entscheidung über das Abkürzungsgesuch auf das engste mit der Bestimmung des Termins zusammenhängt, welche nach § 193 allein in der Hand des Vorsitzenden liegt und binnen 24 Stunden erfolgen muß, einem Zeitraum, welcher zur Erwirkung des Beschlußfassung des Gerichts oft nicht ausreicht.] Wegen der Anfechtung vgl. § 203 Anm. 3.

4) Die Bestimmung des Abs. 3 Satz 1 ist eine Abweichung von der Vorschrift des § 203 Abs. 2, nach welcher die Abkürzung einer Frist nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden kann. — Der zweite Satz ergiebt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen; die Mittheilung muß in derselben Weise erfolgen, wie die Mittheilung des Schriftsatzes, auf welchem die Anberaumung des Termins verfügt ist. (Vgl. auch Sarwey I S. 302, Wilm. Levy Anm. 3.) Ein Gerichtsbeschluß (Anm. 3) ist entweder zu verkünden oder beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3).

Zu den „sonst Betheiligten" gehört z. B. der Streitgenosse (§ 60), der Nebenintervenient im Falle des § 68 Abs. 1, der Zeuge im Falle des § 352 usw. Der Ausdruck „dem Betheiligten" im zweiten Satze umfaßt auch den Gegner, wie aus dem Ausdruck „sonst Betheiligten" im ersten Satze sich ergiebt.

§§ 205, 206.

Die §§ 205, 206 handeln von der Aufhebung oder Aussetzung der Termine, welche

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 232. Entw. I. § 191. Entw. II. § 193. Entw. III. § 198. Mot. S. 164. Prot. S. 75.

§ 206. Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

N. Entw. § 232. Entw. I. § 191. Entw. II. § 194. Entw. III. § 199. Mot. S. 158. Prot. S. 75.

— im Gegensatz zur Aussetzung des Verfahrens (Tit. 5) — nur eine Verschiebung auf bestimmte Zeit bezweckt und die drei Begriffe „Vertagung eines Termins, Vertagung einer Verhandlung, Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung" (§ 206) umfaßt. Vgl. über diese Begriffe § 90 Anm. 2. § 205 betrifft die Aufhebung auf Antrag, § 206 die von Amtswegen.

§ 205.

1) Der Abs. 1 bildet das Korrelat zu § 202 Abs. 1 und bezieht sich, wie die allgemeine Fassung ergiebt, auf Termine jeder Art (vgl. auch § 228). Die Vereinbarung ist formlos (§ 202 Anm. 1). Auch mündliche Anzeige genügt, das bloße Ausbleiben beider Theile (§ 228) nur dann, wenn ohne Anwesenheit einer Partei nicht verhandelt werden kann. Die Mot. bezeichnen es als selbstverständlich, daß — abgesehen von dem amtsgerichtlichen Verfahren (§ 461) — die Parteien, wenn sie die Aufhebung eines Termins vereinbaren, nicht auch den Tag bestimmen können, auf welchen der Termin zu verlegen sei, daß vielmehr nur die vertragsmäßige Verschiebung des Termins vorbehaltlich der Festsetzung eines neuen durch das Gericht bzw. dessen Vorsitzenden gestattet ist (Hann. Prot. I S. 329; vgl. auch Fischer a. a. O. S. 661 ff.).

2) Abs. 2: — „die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist" — nämlich in den §§ 202, 203. § 202 Abs. 2 und § 203 finden aber nur, soweit sie sich auf die Verlängerung einer Frist beziehen, Anwendung; § 202 Abs. 3 paßt nicht für Termine. Da § 204 Abs. 3 nicht entsprechende Anwendung findet, so kann der Vorsitzende auf einseitigen Antrag einer Partei einen Termin nicht verlegen. (A. M. Kleiner I S. 656). — Uebrigens bezieht sich § 205 Abs. 2 nur auf die Verlegung eines Termins, nicht auf die Vertagung einer Verhandlung (A. M. OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. IV S. 457) und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung (vgl. § 206); in den beiden letzteren Fällen findet über den Antrag ein kontradiktorisches Verfahren nach allgemeinen Grundsätzen statt. (Ebenso Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 205, 206 II 1, Bolgiano S. 411 Anm. 10a.) Desgleichen kann die Verlegung eines anberaumten Termins auf einen früheren Tag nicht auf Grund des § 205 Abs. 2, vielmehr nur nach Analogie des auf dem gleichen inneren Grunde beruhenden § 203 Abs. 2 erfolgen. (Uebereinstimmend: Puchelt I S. 489 Anm. 3, Bolgiano S. 413 Anm. 12a, Gaupp I S. 523, Sarwey I S. 303, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., A. Förster Anm. 3 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 2 a. E., Kleiner I S. 656, Hellmann I S. 568.) Die Bestimmung des neuen Termins-Tages ist auch hier stets Sache des Vorsitzenden (vgl. Anm. 1 a. E., § 206 Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2. A. M. Sarwey I S. 303, 304).

3) Die Verfügung, durch welche die Verlegung des Termins auf Antrag angeordnet wird, ist nach dem Grundsatze des § 191 von der beantragenden Partei dem Gegner zuzustellen. (A. M. Baron in Busch, Zeitschr. I S. 407.) Vgl. § 191 Anm. 2.

§ 206.

1) Ueber die Terminologie s. § 90 Anm. 2. Nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 193 Abs. 2, 127 Abs. 3) erfolgt die Verlegung eines Termins (auf einen späteren Tag — vgl. § 205 Anm. 2) und die Anberaumung eines neuen Termins zur Fortsetzung der Verhandlung durch den Vorsitzenden (A. M. bezüglich der Verlegung: Gaupp I S. 524, 525, Fitting § 36 S. 115 Anm. 7, bezüglich beider: Sarwey I S. 305, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 205, 206 II 3, Seuf-

§ 207. Die in diesem Titel dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

N. Entw. § 233. Entw. I. § 192. Entw. II. § 195. Entw. III. § 200. Mot. – Prot. S. 75.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 208. Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

N. Entw. § 284. Entw. I. § 193. Entw. II. § 196. Entw. III. § 201. Mot. S. 169. Prot. S. 75.

---

fert Anm. 2), die Vertagung der Verhandlung dagegen durch das Gericht (vgl. § 245 Abs. 2). Auch in letzterem Falle bestimmt jedoch der Vorsitzende den neuen Termin. (So auch Petersen a. a. O., Gaupp I S. 523, Fitting a. a. O., Wilm. Levy a. a. O. A. M. theilweise Sarwey I S. 303, 304.) Ueber die Bekanntmachung s. § 294 Abs. 1, 3.

2) Auch in den Fällen des § 206 kann nach § 90 die Verurtheilung einer Partei in die Kosten erfolgen, wenn dieselbe die Aussetzung des Termins durch ihr Verschulden (z. B. durch Unterlassung der Hinterlegung der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei) veranlaßt hat (Kleiner I S. 658).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 47 Nr. 1, 48, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

3) Beschwerde findet in den Fällen des § 206 nicht statt (Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 4, Bolgiano S. 410, 414 u. A. A. M. Uebel I S. 192). Vgl. § 530 Anm. 1.

§ 207.

1) § 207 enthält eine Schlußbestimmung, welche sich gleichmäßig auf Fristen und Termine bezieht. Ueber den Begriff „beauftragten oder ersuchten Richter" vgl. § 151 Anm. 2, § 320.

2) Ausdrückliche Bestimmungen über die Kosten, welche durch Abkürzung oder Verlängerung von Fristen oder durch Verlegung eines Termins usw. verursacht werden, enthält dieser Titel nicht. Es kommen in dieser Hinsicht die allgemeinen Grundsätze der §§ 87 u. 90 zur Anwendung.

Vierter Titel.

Dieser Titel handelt in den §§ 208 und 209 von den Folgen der Versäumung, d. h. von den Nachtheilen, welche für eine Partei aus der (absichtlichen oder unabsichtlichen) Unterlassung von Prozeßhandlungen und aus der Nichtbeachtung der ihr für ihr prozessualisches Handeln gesetzten Zeitgrenzen (Frist oder Termin) entstehen.

Die §§ 210—217 betreffen sodann die Aufhebung der Folgen der Versäumung, und zwar § 210 in bloß negativer Richtung, die §§ 211—217 dagegen in positiver Richtung, indem sie ein Mittel zur Aufhebung dieser Folgen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (die sog. Inzidentrestitution des gem. Rechts), behandeln. Dieses Mittel ist aber keineswegs das einzige oder auch nur vornehmlichste in der CPO. Dieselbe hat vielmehr zur Aufhebung der Folgen der Versäumung von Verhandlungsterminen und des darauf gegründeten Versäumnißurtheils in sehr umfassender Weise den Einspruch eingeführt, welcher in den §§ 303–311 geregelt wird, daneben auch ausnahmsweise bei unvollständigem Handeln im Termine, so lange noch nicht endgültig erkannt ist, eine Nachholung gestattet (vgl. § 209 Anm. 3), dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf die Versäumung von Fristen beschränkt und auch auf diesem Gebiete nur zugelassen, wenn Nothfristen in Frage stehen, so daß gegen den Ablauf sonstiger Fristen ein Rechtsbehelf überhaupt nicht gegeben wird.

§ 208.

1) Der § 208 handelt nur von den allgemeinen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung; daneben können im einzelnen Falle noch besondere Folgen eintreten.

§ 209. Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

N. Entw. §§ 285, 286. Entw. I. § 194. Entw. II. § 197. Entw. III. § 202. Mot. S. 169, 170. Prot. S. 75.

---

2) Die allgemeine Folge besteht in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Prozeßrecht darin, daß die säumige Partei mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen wird, welche sie in dem anberaumten Verhandlungstermine oder innerhalb der ihr gesetzten Frist vorzunehmen hatte (z. B. dem Vorbringen einer Einrede oder der Vorlegung einer Urkunde in dem Termine, der Einlegung des Rechtsmittels binnen der Nothfrist). Dieselbe tritt nach §§ 251, 256 in der Regel erst mit dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung ein. Ausnahmen: §§ 44, 73, 319, 332, 339, 398, 490. Bei einer Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung tritt sie mit dem Schlusse der schriftlichen Verhandlung ein.

[Den Begriff der Kontumaz in dem Sinne, daß die Rechtsnachtheile auf eine Verpflichtung der Partei zum prozessualischen Handeln zurückzuführen sind, bekämpft Bülow in der zu § 129 Anm. 1 angef. Abh. Nach ihm ist die Säumnißfolge immer nur Präklusionsfolge, Rechtsverwirkung. Vgl. dagegen Wach in Grünhut, Zeitschr. VI S. 539 ff., VII S. 130 ff. sowie die übrige a. a. O. angeführte Literatur.]

3) Daraus, daß der § 208 den Grundsatz des Ausschlusses mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ganz allgemein ausspricht, folgt, daß alle Termine und Fristen eine peremtorische Natur haben, und daß mithin — von einzelnen, ausdrücklich hervorgehobenen Ausnahmen (§ 316 Abs. 1, 578 Abs. 1, 611, 620, 624, 626) abgesehen — schon auf die erste Ladung hin ein Versäumnißurtheil ergehen kann (Mot. S. 168 Nr. 1).

4) Zu den allgemeinen Folgen der Versäumung gehört auch die Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstandenen Kosten (vgl. §§ 90, 216 Abs. 3, 309). [Bolgiano S. 423 ff. bezeichnet diese Verpflichtung allein als allgemeine Folge der Versäumung.] In der Hann. PO. § 155 und dem H. E. § 194 ist dieses besonders ausgesprochen.

5) Die besonderen Folgen der Versäumung sind da geregelt, wo von der Vornahme der betreffenden einzelnen Handlungen die Rede ist. Es gehören dahin vor Allem die Annahme eines Zugeständnisses (Grundsatz der sog. affirmativen Litiskontestation — §§ 129, 296, 217 Abs. 4, 316 Abs. 2, 504), Anerkennung einer Urkunde (§§ 392, 404), Genehmigung einer Prozeßhandlung (§ 81), die Annahme eines Verzichts auf das Klagerecht (§ 295) oder der Verweigerung eines Eides (§§ 417, 429, 430), die Annahme, daß die Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe (§ 504 Abs. 2), die Zurücknahme des Widerspruchs (§ 767). [Auch diese Folgen führt Bülow a. a. O. S. 59 ff. (vgl. auch Seuffert Anm. 2) größtentheils auf das Rechtsverwirkungsprinzip zurück im Gegensatz zu der Strafe oder zum Pflichterfüllungszwang (wie z. B. Wetzell S. 625, Renaud S. 486; vgl. auch Wach a. a. O., R. Leonhard in der zu § 129 Anm. 1 angef. Abh. S. 26 ff. u. H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 321 ff.)]

§ 209.

1) Der Abs. 1 enthält einen doppelten Satz:

a) Die gesetzlichen Nachtheile der Versäumung, die allgemeinen wie die besonderen, bedürfen einer vorgängigen Androhung von Seiten des Richters nicht.

„Die Verhandlung und Entwickelung der Streitpunkte ist Sache der Parteien; das Gesetz, nicht das Gericht, schreibt ihnen das „Wie" vor, sagt ihnen insbesondere, welche Nachtheile die Vernachlässigung seiner Gebote zur Folge habe" (Mot.).

b) Die Nachtheile treten kraft Gesetzes in's Leben, ohne daß es dazu eines besonderen Antrags der nicht säumigen Partei bedarf.

§ 210. Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Beide Sätze, welche sich als Konsequenz des peremtorischen Charakters aller Termine und Fristen sowie als Ausfluß der Verhandlungsmaxime darstellen, erleiden jedoch Ausnahmen.

Auf die Ausnahmen von dem ersten Satze weist der § 209 selbst nicht hin; sie finden sich aber bei öffentlichen Aufgeboten (§§ 824 Nr. 3, 841) und bei Zustellungsbefehlen (§ 632) [A. M. bzw. der letzteren d. früh. Aufl., Endemann I S. 611]. Vgl. auch §§ 420, 465 Abs. 2, 468. Als eigentliche Ausnahme ist der Fall des § 775 Abs. 2 („Strafandrohung") nicht anzusehen, da hier nicht die Versäumung einer Prozeßhandlung in Frage steht. (So auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 209 Nr. 1 u. A.) — Die §§ 342 Nr. 3 und 367, welche von dem den Zeugen und Sachverständigen in der Ladung anzudrohenden Rechtsnachtheile sprechen, bilden keine Ausnahme, weil die §§ 208 und 209 überhaupt nur von der Versäumung der Prozeßhandlungen von Seiten einer Partei handeln.

Zuweilen hat das Gericht erst zu der Handlung aufzufordern oder auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam zu machen (§§ 420, 465 Abs. 2, 468); jedoch ist der Eintritt des Nachtheils nicht immer an jene Voraussetzung gebunden (s. § 465 Anm. 2).

Auf die — weit erheblicheren — Ausnahmen von dem zweiten der obigen Sätze (b) wird in § 209 selbst hingedeutet. Ein auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteter Antrag (Ungehorsamsbeschuldigung) ist namentlich überall da erforderlich, wo es zum Eintritt der Folgen einer den Nachtheil besonders aussprechenden richterlichen Verfügung — eines Versäumnißurtheils — bedarf. Letzteres ist nach der Gestaltung des Versäumnißverfahrens in einem weiten Umfange der Fall (§§ 295, 296, 312, 144, 217 Abs. 4, 218, 220, 223 Abs. 2, 318, 430, 504 Abs. 2, 529, 563 Abs. 3, 578 Abs. 4, 640, 767).

2) Nach Abs. 2 ist in denjenigen Fällen, in welchen zum Eintritte der Folgen der Versäumung ein Antrag auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils erfordert wird, im Einklange mit dem gemeinen Recht und den meisten neueren Gesetzgebungen ein Nachholen der versäumten Prozeßhandlung so lange zuläßig, als der Antrag nicht gestellt ist. Dieser Satz ist eine natürliche Folge der Nothwendigkeit einer Ungehorsamsbeschuldigung. Der Abs. 2 geht aber noch weiter, indem er das Nachholen selbst nach Stellung jenes Antrags noch gestattet, so lange die mündliche Verhandlung über den Antrag noch nicht geschlossen ist. Diese Bestimmung ist rücksichtlich der hauptsächlich in Betracht kommenden Versäumung von Terminen eine Konsequenz des Grundsatzes des § 197 Abs. 2. Fälle, in denen das Nachholen noch bis zum Erlasse der richterlichen Verfügung gestattet ist, enthalten die §§ 634, 828 (vgl. auch § 105).

Daß unter dem auf Verwirklichung des Nachtheils gerichteten Antrage, wo nicht ein Anderes erhellt (vgl. z. B. §§ 634, 639), nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht der in schriftlichen Eingaben enthaltene Antrag zu verstehen ist, bezeichnen die Mot. als einer besonderen Hervorhebung im Gesetze nicht bedürftig (vgl. auch Hann. Prot. XVI S. 6240).

3) Abgesehen von den Fällen des Abs. 2 findet eine Aufhebung der Folgen der Versäumung durch Nachholen des Versäumten (morae purgatio) nur ausnahmsweise da statt, wo die CPO. es ausdrücklich zuläßt. Es sind dieses einzelne Fälle eines unvollständigen Handelns im Verhandlungstermine beim Vorhandensein restitutionsähnlicher Gründe (vgl. §§ 44 Abs. 3, 247 Abs. 3, 319, 332, 339, 490, 869 u. a.). S. auch § 299 Anm. 1 und Mot. S. 168 letzt. Abs. a.

§ 210.

1) Der Abs. 1 hebt die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, z. B. des gemeinen Rechts (vgl. Wetzell S. 678 ff., Windscheid, Pand. I § 117), über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit bezüglich der prozessualen Versäumungen auf. Die Aufhebung bezieht sich sowohl auf die Minderjährigen selbst wie auf die ihnen gleichgestellten

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

N. Entw. §§ 287, 288. Entw. I. § 195. Entw. II. § 198. Entw. III. § 203. Mot. S. 170, 171. Prot. S. 75.

§ 211. Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

N. Entw. § 289. Entw. I. – Entw. II. § 199. Entw. III. § 204. Mot. S. 171–173. Prot. S. 75.

(juristischen) Personen (Fiskus, Gemeinden, Kirchen, Stiftungen u. s. w.). Im Uebrigen bleiben jene Vorschriften selbstverständlich unberührt [vgl. Preuß. Gesetz vom 12. Juli 1875, betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger u. s. w., § 9 (GS. S. 518)].

Daß alle sonstigen landesgesetzlichen Vorschriften über prozessualische Restitutionen, z. B. wegen Abwesenheit, Irrthums usw., durch die CPO. aufgehoben sind, betrachten die Mot. mit Recht als selbstverständlich. Vgl. auch EG. z. CPO. § 14 Abs. 1. (A. M. Hellmann I S. 581.)

2) Der Abs. 2 bestimmt [in Konsequenz des in § 81 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes (vgl. Wach I S. 562 ff.), jedoch im Widerspruch mit der im gemeinen Recht (Wetzell S. 679) und in manchen Gesetzgebungen geltenden Bestimmung, wonach die Nachlässigkeit eines Vertreters einen Restitutionsgrund bildet], daß eine von einem Vertreter verschuldete Versäumung auch für die Partei selbst niemals als eine unverschuldete anzusehen ist (vgl. § 211 Anm. 2 a. E.; so auch RG. III S. 419, 439, Seuffert, Arch. 35 Nr. 182, 38 Nr. 270 (RG.). Anders bei unverschuldeten Hindernissen (vgl. § 213 Anm. 6). Bei grobem Verschulden können jedoch die dadurch entstandenen Kosten dem Vertreter (oder Bevollmächtigten) unmittelbar auferlegt werden (§ 97). — Ueber den Begriff „Vertreter" vgl. § 172 Anm. 1. Der Zustellungsbeamte (Gerichtsvollzieher, Postbote usw.) fällt nicht darunter (RG. X S. 362, Jastrow im civ. Arch. 68 S. 371), wohl aber der Zustellungsbevollmächtigte (§ 160) (Seuffert Anm. 3, Petersen § 210 Nr. 2 S. 348, Endemann I S. 614 u. A. A. M. Hellmann I S. 581), welcher in § 172 Abs. 2 besonders genannt ist.

§ 211.

Literatur: Bolgiano S. 455 ff.; Hellmann Lehrb. S. 791; Bunsen in Busch, Zeitschr. V S. 249 ff.; Ude: Ueber die Restitutionsgründe des § 211 ff. der CPO., in Gruchot, Beitr. XXIX S. 779 ff.

1) Das Gebiet der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum, prozessualische Restitution) ist ein sehr enges. Dieselbe ist beschränkt auf Versäumung von Nothfristen (vgl. d. allg. Bem. zu Titel 4) und innerhalb dieses Bereichs, abweichend vom gemeinrechtlichen Prozesse (vgl. Wetzell S. 678 ff., Renaud S. 600 ff.), an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft, welche auf der einen Seite geeignet erscheinen, Schutz gegen den besonders im gemeinen Recht hervorgetretenen Mißbrauch zu gewähren, ohne auf der anderen Seite Abhülfe für diejenigen Fälle auszuschließen, in denen die Partei selbst in Bezug auf die Versäumung kein Verschulden trifft und mithin die Versagung des Rechtsbehelfs dem formellen Rechte auf Kosten des materiellen den Sieg verschaffen würde, wie solches namentlich nach dem System des Code de proc. und des altpreußischen Rechts, welche eine Restitution gegen den Fristenablauf gar nicht, auch nicht bei den Nothfristen, kennen, leicht der Fall sein kann.

2) Alleiniger Restitutionsgrund ist — abgesehen von den Fällen des § 213 — ein unabwendbarer Zufall, durch welchen die Partei bzw. ihr Vertreter (vgl. RG. II S. 424,

Endemann I S. 616, Gaupp I S. 533 u. A.) an der Innehaltung der Frist gehindert ist. Ueber die Bedeutung dieses Ausdrucks äußern die Mot.:

„Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird — — — dem Restitutionsgrunde nach auf Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle (vis major) eingeschränkt. — — Während der Begriff des „Mangels an Verschulden" leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist, hat das Erforderniß der vis major bereits auf dem Gebiete des Handelsrechts (HGB. Art. 395) Eingang und bestimmte Anwendung gefunden; durch die Beifügung des Beispiels „Naturereignisse" erhält die Rechtsprechung einen ferneren festen Anhalt. Die sonach nur für ungewöhnliche Fälle Raum lassende Schranke" usw.

Hiernach wird man annehmen dürfen, daß — worauf auch schon der juristische Sprachgebrauch hinweist — „unabwendbarer Zufall" mit „höherer Gewalt" oder „vis major" identisch ist, und daß die Bedeutung, welche die beiden letzteren Ausdrücke im HGB. Art. 395 [vgl. auch Postgesetz v. 28. Okt. 1871 § 11 Nr. 2 (RGBl. S. 347), Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 1 (RGBl. S. 207)] haben, hier gleichfalls zutrifft (so auch RG. II S. 424, 426, IV S. 384, Seuffert, Arch. 36 Nr. 180; Ude a. a. O. S. 780 ff.; vgl. auch Goldschmidt: Das receptum nautarum in s. Zeitschr. f. d. ges. HR., Bd. 3 S. 86 ff., Bd. 16 S. 334 ff., v. Hahn, Komm. zum HGB. 2. Aufl. II S. 596 ff., Endemann, HR. 3. Aufl. S. 722, Thöl, Handelsrecht III (1880) § 27, S. 39 ff., Makower: D. allg. D. HGB. 9. Aufl. S. 424 Anm. 10a, Dernburg in Grünhut, Zeitschr. XI S. 335 ff., Exner: Der Begriff der höheren Gewalt. Wien 1883; ROHG. 2 S. 259; 8 S. 30, 163; 13 S. 71, RG. I S. 278). Insbesondere folgt daraus, was übrigens schon aus der Aufführung „anderer unabwendbarer Zufälle" neben „Naturereignissen" hervorgeht, daß der Zufall nicht bloß durch Naturgewalt, sondern auch durch Menschenhand herbeigeführt sein kann, wenn nur alles gethan ist, „was irgend menschenmöglich war" um das Geschehene zu verhindern (s. Thöl a. a. O.; vgl. auch RG. VIII S. 375, XII S. 375 [unbegründete Versagung des Armenrechts], OLG. Braunschweig in Busch, Zeitschr. VII S. 100, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 249). Andererseits ist es zweifellos, daß die bloße Abwesenheit alles Verschuldens — wie nach H. E. § 205 — zur Begründung der Restitution nicht ausreicht (vgl. jedoch Abs. 2), noch weniger ein Rechtsirrthum. (Vgl. auch Ude a. a. O. S. 785, 786.)

Das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten allein ist ebensowenig Restitutionsgrund, als der Mangel eines Verschuldens auf Seite der Partei allein als solcher ausreicht (vgl. RG. III S. 421, 439 u. §§ 210 Anm. 2, 213 Anm. 6). Ein Verschulden der Partei liegt übrigens schon darin, daß die Partei das, was sie zur Wahrung der Frist zu thun hat, bis zur letzten Stunde aufschiebt. In solchen Fällen können daher Ereignisse, wie Verspätung eines Eisenbahnzuges, einer Beschlußfassung ꝛc., keinen Restitutionsgrund bilden. (RG. IV S. 385, VIII S. 375, RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 427).

Andererseits ist, wenn die Partei nichts versäumt hat, auch das Versehen des bestellten Armenanwalts genügend (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1078).

(Die Grundsätze des RG. stellt zusammen Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 79.)

3) In Abs. 2 ist den unabwendbaren Fällen der — unter Umständen ohnehin schon darunter zu begreifende — Fall gleichgestellt, wenn die Versäumung der Einspruchsfrist, welche nach § 304 zu den Nothfristen gehört, dadurch herbeigeführt wird, daß die säumige Partei (bzw. ihr Vertreter; vgl. § 210 Abs. 2, OLG. München in Busch, Zeitschr. VI S. 100 ff.) von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr (bezw. sein) Verschulden keine Kenntniß erlangt hat. Die Vorschrift dient zum Schutze des materiellen Rechts, weil nach dem Zustellungssystem der CPO., nach welchem nicht immer der Partei in Person zuzustellen ist, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen bleibt, daß die Partei weder die Zustellung der Klage noch die des Versäumnißurtheils erfährt (Nordd. Prot. S. 405, Mot. S. 86).

Ob ein Verschulden vorliegt, hat das Gericht nach den Umständen des Falls frei zu würdigen. (Vgl. § 90, v. Völderndorff in Busch, Zeitschr. II S. 226 ff.; s. auch v. Kräwel das. III S. 450, Wilm. Levy § 210 Anm. 3, OLG. München a. a. O. S. 103, 104).

§ 212. Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

N. Entw. § 292. Entw. I. — Entw. II. § 200. Entw. III. § 205. Mot. S. 172. Prot. S. 75, 76.

§ 213. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter

---

Dem zunächst hier gemeinten Falle, wo die säumige Partei erst nach Ablauf der Einspruchsfrist von der Zustellung des Versäumnißurtheils Kenntniß erhält, steht der Fall gleich, wo sie zwar innerhalb der Einspruchsfrist, aber so spät diese Kenntniß erhält, daß sie nicht mehr zeitig Einspruch erheben kann, während auf sonstige Fälle, wo sie bzw. ihr Vertreter innerhalb jener Frist Kenntniß erlangt, die Regel des Abs. 1 anzuwenden ist (Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 212, 213 II 2, Wilm. Levy Anm. 3).

§ 212.

1) Die Frist ist keine Nothfrist, und gegen ihren Ablauf findet mithin nach § 211 eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt (restitutio restitutionis non datur). [So auch Bolgiano S. 459, Gaupp I S. 534 u. A. A. M. Siebenhaar S. 228.] Ein Antrag, in Uebereinstimmung mit H. E. § 207 und N. E. § 292 die Frist zur Nothfrist zu machen, ist von der RTK. abgelehnt worden. Ueber die Hemmung des Laufs durch die Gerichtsferien vgl. § 201. Der Antrag kann auch vor Beginn der Frist gestellt werden (vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 142).

2) Abs. 2: Die Frist beginnt, sobald die Partei im Stande ist, die Handlung vorzunehmen bzw. im Falle des Abs. 2 des § 211 Kenntniß von der Zustellung des Versäumnißurtheils erlangt hat oder durch ihr eigenes Verschulden in Unkenntniß davon verblieben ist. (Vgl. RG. VI S. 344.) Auch dieser Zeitpunkt ist von dem Nachsuchenden glaubhaft zu machen (vgl. § 214 Abs. 2 Nr. 2). — Die Frist ist — abgesehen von den Nothfristen (vgl. § 228 Anm. 3) — die einzige Frist, welche nicht durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden kann (vgl. § 202 Abs. 1).

3) Die Bestimmung des Abs. 3 beruht, ebenso wie der Ausschluß der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist (Abs. 1) und das Verbot der Verlängerung der Frist durch Vereinbarung der Parteien (vgl. § 201 Abs. 1), auf dem Bestreben dem Mißbrauche der Wiedereinsetzung vorzubeugen.

Sowohl innere Gründe wie die absolute Fassung des Abs. 3 „kann — nicht mehr" in Verbindung mit der Stellung hinter dem Abs. 2 sprechen dafür, daß auch die einjährige Frist des Abs. 3 durch Vereinbarung nicht verlängert werden kann. (So auch Seuffert Anm. 3, Gaupp I S. 535, Petersen §§ 212, 213 III 1, Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 277 u. A. A. M. Hellmann I S. 385.) Hieraus folgt aber nicht, daß ein Gleiches in dem besonderen Falle des § 213 Abs. 2 gilt. Vgl. § 213 Anm. 5.

§ 213.

1) Dieser Paragraph wurde auf Antrag des Abg. Becker von der RTK. an die Stelle des § 190 Anm. 2 erwähnten Antrags gesetzt. Der Vorschrift liegt die Erwägung zu Grunde, daß eine Partei, welche spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber übergeben hat, ihrerseits alles zur Wahrung der Frist Erforderliche gethan habe, und daß deshalb ihr materielles

Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden.

N. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III. — Mot. — Prot. S. 65—69, 76, 111, 112, 123—125, 535, 536, 666. 168. Sitzg. S. 2, 3.

Recht nicht unter dem Versehen der gedachten Person leiden dürfe. Der betreffende Fall ist mithin aus einem ähnlichen Grunde, wie (bereits im Entwurfe) der Fall des § 211 Abs. 2, einem unabwendbaren Zufall gleichgestellt. [Einige der durch § 213 hervorgerufenen Streitfragen erörtert Bunsen a. a. O.]

2) Die Vorschrift gilt für Anwaltsprozesse wie für amtsgerichtliche Prozesse. Sie gilt nicht hinsichtlich der Nothfrist für die sofortige Beschwerde, weil dieselbe nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes gewahrt wird (§§ 532, 540; A. Förster Anm. 4, Ude a. a. O. S. 788 ff.).

3) — „der Partei" — bzw. dem Vertreter (vgl. § 211 Anm. 2 u. 3).

— „wenn spätestens — der Nothfrist" — d. h. zwei volle Tage müssen zwischen dem Tage der Uebergabe des Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber und dem Zeitpunkte (nicht Tage), an welchem die Nothfrist abläuft, liegen, und daher dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung frei bleiben [RG. VII S. 315 u. im RAnz. 1882 b. Beil. 3 S. 4, Seuffert, Arch. 37 Nr. 255, Ude a. a. O. S. 787, 788, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 2d (welcher unsere Ansicht nicht richtig auffaßt)], z. B. der 15. u. 16. Juli, wenn die Frist am 17. ablief.

Hinsichtlich des Beweises des Zeitpunkts der Uebergabe an den Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber vgl. § 155 Abs. 2 und Anm. dazu.

Ein dem Gerichtsschreiber des Amtsgerichts zum Zwecke richterlicher Terminsbestimmung und demnächstiger Zustellung übergebenes Schriftstück (vgl. § 193) ist erst mit dem Erlasse der Terminsbestimmung als dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben anzusehen (vgl. Jastrow in Busch, Zeitschr. VIII S. 299 ff., A. Förster Anm. 2c. A. M. Wilm. Levy Anm. 2 a. E.). Eine Säumniß des Vorsitzenden oder des Gerichtsschreibers steht daher der Wiedereinsetzung nicht entgegen (Alexander-Katz in Busch, Zeitschr. VII S. 509. A. M. Gaupp I S. 499).

— „das — zuzustellende Schriftstück" — und zwar mit der erforderlichen Zahl von Abschriften (§ 155 Abs. 2). [So auch Gaupp I S. 536, Petersen §§ 212, 213 II 3, Wilm.-Levy Anm. 2, Ude a. a. O. S. 791 u. A. Abweichend Sarwey I S. 315, welcher es für zulässig hält, daß dem Gerichtsvollzieher mit dessen Mitteln die Anfertigung der Abschriften innerhalb der Frist überlassen werde. Allerdings schadet der Mangel der Uebergabe der Abschriften nicht, wenn der Gerichtsvollzieher die von ihm freiwillig übernommene Anfertigung derselben rechtzeitig ausführt; eine Versäumniß desselben in dieser Hinsicht hat aber der Auftraggeber zu vertreten. So auch Bunsen a. a. O. S. 254 ff., Seuffert Anm. 4.]

— „insoweit — zulässig ist" — vgl. §§ 152, 154.

Als eine Uebergabe an den Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung dürfte im amtsgerichtlichen Verfahren auch ein Anbringen zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§§ 457, 462) unter Ueberlassung der Besorgung der Zustellung an den Letzteren (§§ 154, 458) zu betrachten sein. (Petersen a. a. O., Sarwey I S. 315, Bolgiano S. 458 Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 2b, Bunsen a. a. O. S. 257 ff., Hellmann a. a. O., Ude a. a. O. S. 791, 792 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 5, Gaupp I S. 537.)

4) In den Fällen des § 213 muß, gleichwie in den Fällen des § 211, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden; das freie richterliche Ermessen, ob etwa die Partei im einzelnen Falle ungeachtet des Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 213 ein Verschulden trifft, ist ausgeschlossen. (Vgl. auch A. Förster § 211 Anm. 2b u. A.) Andrerseits ist außerhalb des § 213 Restitution wegen des Versehens des Zustellungsbeamten unstatthaft (vgl. RG. II S. 425).

§ 214. Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3. die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.

Im Falle des §. 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist.

N. Entw. §§ 290, 293. Entw. I. – Entw. II. § 201. Entw. III. § 206. Mot. S. 173, 174. Prot. S. 76, 123–125, 535, 536, 666, 667. 168. Sitzg. S. 3.

---

§ 213 trifft auch zu, wenn der Gerichtsvollzieher innerhalb der Nothfrist zwar eine Zustellung bewirkt hat, aber eine unwirksame, vorausgesetzt, daß nicht der Auftraggeber die unwirksame Zustellung veranlaßt hatte (RG. XI S. 375, Ude a. a. O. S. 786, 787).

5) Die Restitutionsfrist beträgt — abweichend von den Fällen des § 211 — 1 Monat und wird vom Tage des Ablaufs der Nothfrist an berechnet. [Mit Recht tadelt Seuffert Anm. 6 (vgl. auch Puchelt I S. 503 Anm. 3) es als inkonsequent, daß diese Frist — abweichend von der in § 212 (vgl. das. Anm. 2) — durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden kann (§ 202). Eine analoge Anwendung des § 212 Abs. 2 dürfte jedoch nicht zulässig sein, weil eine Ausnahmebestimmung in Frage steht. Zustimmend Gaupp I S. 517, Sarwey I S. 316, Hellmann, Lehrb. S. 794 u. A. A. M.: Bolgiano S. 460, Bunsen a. a. O. S. 251 ff., Seuffert a. a. O., A. Förster § 202 Anm. 2 a. E.]

6) Ein von der RTK. gefaßter Beschluß, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist der Partei auch dann zu ertheilen sei,

> „wenn im Anwaltsprozesse spätestens am achten Tage vor Ablauf der Nothfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Handlung ausdrücklich beauftragt ist“,

wurde dem Wunsche des Bundesraths gemäß, welcher als Folge einer derartigen Bestimmung eine Verminderung der Aufmerksamkeit der Prozeßbevollmächtigten und eine Verschleppung des Prozesses besorgte, bei Revision der zweiten Lesung wieder aufgehoben. Als „unabwendbarer Zufall“ im Sinne des § 211 kann die Versäumung der Frist in Folge der Nachlässigkeit eines Prozeßbevollmächtigten niemals angesehen werden (vgl. Anm. 1 a. E., § 210 Anm. 2). Dagegen kann ein unverschuldetes Hinderniß in der Person des Prozeßbevollmächtigten (z. B. plötzliche schwere Erkrankung desselben, welche der Partei unbekannt bleibt) nach § 212 einen Grund zur Wiedereinsetzung abgeben (RG. II S. 424, Seuffert § 211 Anm. 1, v. Bülow Anm. 7, Wilm.-Levy § 211 Anm. 2 u. A.). Vgl. § 211 Anm. 1 a. E.

§ 214.

1) Der § 214 behandelt den Antrag auf Wiedereinsetzung. Derselbe richtet sich nach den Vorschriften, welche für die innerhalb der Nothfrist vorzunehmende Prozeßhandlung gegeben sind. Da nun die meisten Prozeßhandlungen, für deren Vornahme eine Nothfrist gesetzt ist (Einspruch, Berufung, Revision, Restitutions- und Nichtigkeitsklage, Anfechtungsklage gegen ein Ausschlußurtheil und gegen einen Schiedsspruch), mittels Zustellung eines Schriftsatzes vorgenommen werden (§§ 479, 515, 548, 835, 870), so stellt der Abs. 1 als Regel auf, daß auch die Wiedereinsetzung durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt wird.

§ 215. Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

N. Entw. § 291. Entw. I. — Entw. II. § 202. Entw. III. § 207. Mot. S. 173. Prot. S. 76.

§ 216. Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem

---

Der Abs. 2 enthält sodann ganz konsequent eine Ausnahme für den Fall, daß die Wiedereinsetzung sich auf die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde bezieht. Denn da die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 540 durch Einreichung des Schriftsatzes beim Gerichte, und zwar entweder bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, oder bei dem Beschwerdegerichte (in den Fällen des § 539 lediglich beim Prozeßgerichte) gewahrt wird, so muß der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf dieser Frist auch in gleicher Weise gestellt werden.

Eine zweite auf ganz anderen Gründen beruhende Ausnahme enthält der Abs. 3 (vgl. Anm. 3).

Im amtsgerichtlichen Prozesse sind nach § 462 für den Antrag auch die Formen der §§ 457 und 458 zulässig.

2) In dem Ausdrucke „muß enthalten" liegt, daß die unter Nr. 1—3 aufgeführten Erfordernisse für den Schriftsatz wesentlich sind, und daß der Mangel eines derselben den Antrag zu einem unzulässigen macht (§ 119 Anm. 2). Vgl. auch §§ 305, 306, 479, 497, 515, 529 usw.

Die „die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen" sind die in den §§ 211 und 213 aufgeführten Restitutionsgründe.

Ueber „Glaubhaftmachung" vgl. § 266. Die Bezeichnung der Mittel genügt nicht bloß für den „Antrag", sondern die Glaubhaftmachung reicht, wie in allen sonstigen Fällen, wo sie für den Antrag vorgeschrieben ist (z. B. § 389, 395, 406, 449) auch für die definitive Zulassung nach mündlicher Verhandlung aus. (Vgl. auch die Mot. z. § 266 S. 214, Gaupp I S. 539 Nr. III, Seuffert Anm. 1d. A. M. Wilm. Levy Anm. 4, welche für die definitive Zulassung der Wiedereinsetzung vollen Beweis verlangen.)

„Nachholung der versäumten Prozeßhandlung" — d. h. der Rechtsbehelf, welcher versäumt war, muß in dem Schriftsatze geltend gemacht werden (beim Einspruch ist dieses in § 305 Abs. 2 nur instruktionell vorgeschrieben).

3) Der Abs. 3 ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommen worden. Der Zweck ist, Abhülfe für den möglichen Fall zu schaffen, daß eine Partei oder ihr Anwalt von der verspäteten Zustellung vor dem Termine keine Kenntniß erhält und also keine Veranlassung hat, von der regelmäßigen Form der Wiedereinsetzung zeitig Gebrauch zu machen. Die Voraussetzung, daß die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der Nothfrist erfolgt sein muß, entspricht dem Erfordernisse des § 213 Abs. 2. Uebrigens muß der Inhalt des bei der mündlichen Verhandlung gestellten Antrages den Erfordernissen des Abs. 2 Nr. 1—3 entsprechen; im Anwaltsprozesse findet auf denselben auch § 269 Abs. 2, 4 Anwendung. (Vgl. auch A. Förster Anm. 5a.) Auf die sofortige Beschwerde paßt Abs. 3 wegen Mangels einer mündlichen Verhandlung nicht.

§ 215.

Wie nach § 214 bezüglich des Antrags selbst, so sind nach § 215 bezüglich des zur Entscheidung über den Antrag berufenen Gerichts die Normen maßgebend, welche bezüglich der Entscheidung über die vorzunehmende Prozeßhandlung (den Einspruch, das Rechtsmittel usw.) gelten. Welches Gericht darnach das zuständige ist, bestimmen die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834, 871.

§ 216.

1) Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung richtet sich im Einklange mit den in den §§ 214, 215 angenommenen Grundsätzen gleichfalls nach den Vorschriften, welche be-

Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

N. Entw. § 295. Entw. I. — Entw. II. § 203. Entw. III. § 208. Mot. S. 173, 174. Prot. S. 76.

Fünfter Titel. **Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.**

§ 217. Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

---

züglich der versäumten Prozeßhandlung Anwendung finden. Eine mündliche Verhandlung ist daher, mit Ausnahme der Fälle einer Versäumung der Frist für die sofortige Beschwerde (§§ 537 bis 540), stets erforderlich.

2) Nach Abs. 1 gilt als Regel die Verbindung des Verfahrens über den Antrag (judicium rescindens) mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung (judicium rescissorium). (Aehnlich bei der Wiederaufnahme des Verfahrens — § 553.) Ordnet das Gericht ausnahmsweise eine Trennung an, so ist das Verfahren über den Antrag als Zwischenstreit durch Zwischenurtheil zu erledigen. (Vgl. § 275 Anm. 1b, RG. XII S. 373.) Ein solches ist übrigens auch ohne vorherige Trennung der Verhandlung möglich, wenn dem Antrage auf Wiedereinsetzung statt gegeben wird.

3) Abs. 2: Die Zulässigkeit des Antrags ist gleichfalls nach den Vorschriften zu prüfen, welche hinsichtlich der Zulässigkeit der versäumten Prozeßhandlung gelten, mithin nach den §§ 306, 497, 529, 552, 835, 870. Es findet also namentlich auch Prüfung von Amtswegen statt. Eine Ausnahme gilt in dieser Beziehung auch nicht in den Fällen der §§ 835, 870 (vgl. Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Gaupp I S. 541. A. M.: Sarwey I S. 318, v. Bülow Anm. 3). Vgl. § 835 Anm. 1.

Auch die Anfechtung der Entscheidung richtet sich nach diesen Vorschriften (vgl. z. B. §§ 472, 473, 531 Abs. 2). Ueber die Folgen im Einzelnen s. Seuffert Anm. 2c. Eine — mit der Bestimmung des § 310 harmonirende — Ausnahme macht der Einspruch, welcher derjenigen Partei, die den Antrag gestellt hat, nicht zusteht, während die Gegenpartei gegen ein Versäumnißurtheil, welches wider sie bei der Verhandlung über die Wiedereinsetzung ergangen ist, der Regelvorschrift gemäß den Einspruch erheben kann (anders in letzterer Hinsicht H. E. § 211 und N. E. § 295). In dem ersteren Falle steht jedoch unter Voraussetzung des § 474 Abs. 2 der säumigen Partei noch die Berufung bzw. Revision offen.

Eine Bestimmung, welche, wie in den Fällen der §§ 503, 563, 655, eine Verurtheilung des Klägers zur Erstattung der auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten anordnet, findet sich hier nicht, und eine entsprechende Anwendung dürfte bedenklich sein (A. M. Förster (Eccius) I S. 334 Anm. 7).

4) Abs. 3: Eine entsprechende Bestimmung findet sich bezüglich des Einspruchs in § 309. Vgl. auch § 91 und § 97 (wegen § 213). — Ob und inwieweit Kosten durch unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, hat das Gericht frei zu würdigen.

5) Bestimmungen über Hemmung der Zwangsvollstreckung in Folge eines Antrags auf Wiedereinsetzung (N. E. § 294) enthält § 647.

6) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 5 u. Abs. 2, GO. f. RA. § 20.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

N. Entw. §§ 382, 384–387. Entw. I. § 196. Entw. II. § 204. Entw. III. § 209. Mot. S. 175, 176. Prot. S. 76.

Fünfter Titel.

1) Dieser Titel handelt von dem Stillstand, welcher im Prozesse eintreten kann. Derselbe ist entweder ein nothwendiger, vom Willen der Parteien unabhängiger oder ein freiwilliger, durch das Einverständniß der Parteien herbeigeführter. Der nothwendige Stillstand wiederum tritt entweder kraft Gesetzes in unmittelbarer Folge des betreffenden äußeren Ereignisses ein oder wird vom Gerichte auf Grund gesetzlicher Bestimmungen (vgl. § 229 Anm. 1) angeordnet; im ersteren Falle spricht das Gesetz von Unterbrechung, im letzteren Falle von Aussetzung des Verfahrens. Der freiwillige Stillstand wird als Ruhen des Verfahrens bezeichnet.

Hiernach ist die Anordnung dieses Titels getroffen worden. Die §§ 217—222 regeln die Unterbrechung, die §§ 223—225, 229 die Aussetzung des Verfahrens, die §§ 226 und 227 enthalten einige gemeinschaftliche Vorschriften für die Unterbrechung und die Aussetzung, § 228 behandelt das Ruhen des Verfahrens. Die Gründe der Unterbrechung sind in den §§ 217 bis 219, 221, 222 aufgeführt; hinsichtlich der Gründe der Aussetzung s. § 229 Anm. 1.

Allen diesen Fällen liegt der gemeinsame Gedanke zu Grunde, daß, wenn in einem Prozesse ein Ereigniß eintritt, in Folge dessen eine Partei ihrem Gegner unvertheidigt gegenübersteht, der Rechtsstreit so lange einhalten muß, bis der Partei Gelegenheit geboten ist, für die Vertheidigung und Vertretung ihrer Rechte Sorge zu tragen (Hann. Prot. IV S. 1222 ff.).

Das „Verfahren“ dauert bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 645). In der einzelnen Instanz bleibt das Verfahren anhängig bis zur Zustellung des Urtheils; vgl. § 646 Anm. 4. [Vgl. Wilm. Levy Vorb. z. 5. Tit., Gaupp I S. 546, 547, Kleiner I S. 684, Petersen § 217 Nr. 2 a. E., Seuffert § 217 Anm. 4 u. A.; s. auch OLG. Naumburg in Busch, Zeitschr. IV S. 262. A. M.: Sarwey I S. 323, welcher in Fällen, in denen der Gegner ein Rechtsmittel ergreifen will, die Zustellung des Urtheils als einen Theil des Verfahrens der höheren Instanz ansieht, Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 240.] Die Rechtshängigkeit (§ 235) wird durch die Unterbrechung und Aussetzung nicht berührt.

[Ueber Stillstand und Reassumtion des Prozesses nach gemeinem Recht vgl. Wetzell S. 42 ff., Renaud S. 120 ff., Endemann, Lehrb. § 93, Bolgiano S. 262 ff., 267 ff.]

2) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 4, 47 Nr. 1, GO. f. RA. § 20.

§ 217.

1) Abs. 1: Die im Falle des Todes einer — nicht mit einem Prozeßbevollmächtigten versehenen (§ 223) — Partei (der Ausdruck umfaßt hier auch den Nebenintervenienten und den benannten Auktor nach Uebernahme des Prozesses, nicht aber den „gesetzlichen Vertreter“; vgl. §§ 50 Anm. 2, 219, 223) eintretende Unterbrechung des Verfahrens dauert bis zu dessen Aufnahme (Reassumtion) durch die Rechtsnachfolger (§ 227) bzw. den Nachlaßkurator (§ 220) fort. Unter „Rechtsnachfolger“ sind nur diejenigen zu verstehen, welche die gesammte Persönlichkeit des Erblassers repräsentiren, also ohne Weiteres an dessen Stelle treten, d. h. Uni-

versalsukzessoren. (Vgl. § 236 Anm. 2, Gaupp I S. 545, II S. 30, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 105, 111 ff., Sarwey I S. 321, Siebenhaar S. 232. A. M.: Petersen § 217 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann I S. 599 und Lehrb. S. 405, Seuffert Anm. 1, A. Förster Anm. 2a, Bolgiano S. 270, Kleiner I S. 684 u. A., welche unter Bezugnahme auf Nordd. Prot. S. 429 in mehr oder weniger bestimmter Weise auch die Singularsukzessoren von Todes wegen hierher rechnen.) Nur so wird ein Eingriff in das bürgerliche Recht vermieden. Letzteres bestimmt auch, welche Personen die Rechtsnachfolger sind, und ob die Erbschaft ohne Weiteres auf sie übergeht. Von der Rechtsnachfolge unter Lebenden bzw. von dem Eintritt der Singularsukzessoren in den Prozeß handeln die §§ 236 und 237.

Im Falle der Streitgenossenschaft tritt — abgesehen von § 59 — beim Tode eines einzelnen Streitgenossen die Unterbrechung rücksichtlich der Rechtsnachfolger desselben ein. (Petersen § 217 Nr. 1, Gaupp I S. 545, Hellmann I S. 598 Anm. 1 a. E. u. A. A. M. Puchelt I S. 512 Anm. 4.)

2) Abs. 2—4: Diese Absätze regeln das Verfahren für den Fall, daß die Rechtsnachfolger die Aufnahme verzögern, d. h. den Prozeß nach Eintritt der Rechtsnachfolge nicht sogleich aufnehmen. Ob eine Verzögerung vorliegt, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. [Vgl. § 221 Anm. 4, Petersen § 217 Nr. 4, A. Förster Anm. 2b, Kleiner I S. 685, Hellmann I S. 600 u. Lehrb. S. 650 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 2b, Gaupp I S. 546, Sarwey I S. 322 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 4. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb hier der Begriff eine andere Bedeutung haben soll, als in § 221 Abs. 2; in beiden Fällen würde es unbillig sein, eine Verzögerung stets schon anzunehmen, wenn die Aufnahme bzw. die Anzeige nicht sogleich nach dem Eintritt der Rechtsnachfolge bzw. dem Wegfall des Anwalts erfolgt. Ebensowenig kann aber Endemann I S. 628 beigetreten werden, daß eine Verzögerung nur bedeute: „wenn es dem Gegner zu lange dauert, bis die Rechtsnachfolger die Aufnahme veranlassen".]

Die nach dem bürgerlichen Recht den Erben zustehende Ueberlegungs- oder Deliberationsfrist (vgl. z. B. Dig. de jure deliber. [28, 8], Cod. eod. [6, 30], Preuß. ALR. I 9 §§ 383 ff., Code civ. art. 795) hindert zwar die Ladung derselben nicht, berechtigt sie aber, die Aufnahme des Verfahrens einstweilen abzulehnen, dergestalt, daß der Antrag zurückgewiesen wird (vgl. unten). [Vgl. auch Endemann I S. 628, Wilm. Levy a. a. O., Gaupp I S. 545, 546, Sarwey I S. 322, Petersen a. a. O., A. Förster Anm. 5a, Förster (Eccius) IV § 269, S. 594 u. A. A. M.: einerseits Puchelt I S. 512, Kleiner I S. 685, 686, welche letztere Berechtigung nicht anerkennen, andererseits Seuffert Anm. 2a, welcher, — wenigstens nach gemeinem Rechte — im Laufe der Deliberationsfrist ein unbedingtes Hinderniß der Ladung der Rechtsnachfolger erblickt.] Der Benefizialerbe kann zweifellos geladen werden, da er Rechtsnachfolger ist, und kann sich auf die Inventarisationsfrist (vgl. L. 22 § 11 Cod. de jure delib. [6, 30], ALR. I 9 § 424) hier nicht berufen.

Der Gegner, welchem das Recht gegeben wird, die Aufnahme zu erzwingen, kann zwar die Ladung auf die Aufnahme und die Verhandlung zur Hauptsache zugleich erstrecken. (Daß er die Ladung nicht auf die Aufnahme beschränken darf, wie Gaupp I S. 546, Petersen § 217 Nr. 2, v. Bülow Anm. 5, Seuffert Anm. 4 u. Wilm. Levy Anm. 5 annehmen, geht weder aus der Fassung des Abs. 2 hervor, noch wird es durch innere Gründe unterstützt; s. § 221 Abs. 2; auch ist in dem Falle, wenn die Aufnahme bloß zum Zwecke der Zustellung des Urtheils erfolgt [vgl. § 226 Anm. 4 a. E.] eine Ladung zur Verhandlung der Hauptsache ohne Bedeutung.) Falls aber die Rechtsnachfolger in dem angesetzten Termine nicht erscheinen, ist das alsdann eintretende Versäumnißverfahren auf die Frage der Aufnahme zu beschränken (vgl. § 312 Anm. 3), und zur Verhandlung der Hauptsache darf erst übergegangen werden, nachdem die Einspruchsfrist (§ 304) abgelaufen und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt worden, letzterer erledigt ist (Nordd. Prot. S. 416). Es ist dieses der Zeitpunkt, in welchem die Aufnahme als eingetreten

§ 218. Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis

---

gilt (N. E. § 386). Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine, so kann über die Aufnahme und zur Hauptsache zugleich verhandelt werden. Der Beweis der Rechtsnachfolge liegt im Falle des Bestreitens dem Gegner ob.

Die Frage nach dem Vorhandensein der Rechtsnachfolger und nach der Verpflichtung der Rechtsnachfolge zur Aufnahme des Verfahrens kann einen Zwischenstreit unter den Parteien bilden (vgl. § 275 Anm. 1b, Schollmeyer a. a. O. S. 109 ff.). Das Urtheil, durch welches der Antrag abgelehnt wird, ist aber stets ein Endurtheil (Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 10, Gaupp I S. 518, Wilm. Levy Anm. 8, A. Förster Anm. 5a u. A. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 110).

Ein Streitgenosse kann ungeachtet seines Betreibungsrechts (§ 60) nicht die Rechtsnachfolger eines verstorbenen Streitgenossen in Gemäßheit des Abs. 2 laden, noch ein Versäumnißurtheil nach Abs. 4 erwirken (Wilm. Levy Anm. 5).

3) Abs. 3: Auf die Ladung finden die allgemeinen Grundsätze des § 193 Anwendung.

— „den Rechtsnachfolgern selbst" — im Gegensatz zu einem Vertreter derselben, insbesondere einem Zustellungsbevollmächtigten der verstorbenen Partei. [Vgl. Endemann I S. 629, Hellmann I S. 600, Gaupp I S. 547, Wilm. Levy Anm. 6, v. Bülow Anm. 5. Ein Prozeßbevollmächtigter der letzteren kann nicht gemeint sein, weil beim Vorhandensein eines solchen nach § 223 Abs. 2 eine Unterbrechung des Verfahrens überhaupt nicht eintritt. (Kleiner I S. 686 verweist jedoch zur Erklärung des „selbst" auf diesen, im N. E. § 385 Abs. 1 enthaltenen Gegensatz.) Ebensowenig hat die Zustellung an den Testamentsvollstrecker, das Erbschaftsgericht oder im Sterbehause hier ausgeschlossen werden sollen, da diese Zustellungsarten der CPO. ohnehin unbekannt sind.] Die Ersatzzustellung (§§ 166—168) ist nicht ausgeschlossen („selbst" bedeutet nicht „persönlich") und ebensowenig die öffentliche Zustellung (§§ 186 ff.).

Der zweite Satz des Abs. 3 hat die Bedeutung, daß der Vorsitzende nicht an die gesetzliche Dauer der Einlassungsfrist (§ 234) und der Ladungsfrist (§ 194) gebunden ist (vgl. N. E. § 385 Abs. 2 und Nordd. Prot S. 424), vielmehr die Frist nach den Umständen des einzelnen Falles angemessen bestimmen kann. Hat er sie zu kurz bemessen, so kann nach dem allgemeinen Grundsatze des § 205 Abs. 2 Abhülfe eintreten.

4) Abs. 4: Auf die Erlassung des Versäumnißurtheils und die Anfechtung desselben durch Einspruch finden die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnißurtheil (§§ 295 ff.) Anwendung. (Vgl. § 218 Anm. 4, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 349.) Das im ersten Satze gedachte Versäumnißurtheil ist ein Versäumnißzwischenurtheil, wiewohl gegen die Regel des § 312 Abs. 2 der Termin nicht lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war.

— „wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist" — Aus diesen Worten ist nicht (mit Wach in Gruchot, Beitr. XXV S. 801) zu schließen, daß der Einspruch nicht auch vor Beginn der Einspruchsfrist eingelegt werden kann (vgl. § 304 Anm. 1), da sie offenbar nur den Gegensatz zu einem nach Ablauf der Einspruchsfrist eingelegten Einspruch bilden.

5) Die Kostenfestsetzung wird, wenn die Partei nach Erlassung des Urtheils eintritt, durch die vorgängige Wiederaufnahme in Gemäßheit der §§ 217, 226 nicht bedingt (A. M. Wach in Busch, Zeitschr. VII S. 559). Ueber die Unterbrechung und Wiederaufnahme im Mahnverfahren s. §§ 633 Anm. 3, 639 Anm. 4; über den Einfluß des Todes des Schuldners auf den Beginn und den Fortgang der Zwangsvollstreckung vgl. die §§ 693 ff.

§ 218.

1) Die Unterbrechung im Falle des Konkurses — eine Folge der in der Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß des Gemeinschuldners eintretenden Veränderung (KO. § 5) — schützt die Interessen der Gläubiger und führt zu einer angemessenen Form des Uebergangs. Eine längst

dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

N. Entw. § 382 N. 3, § 388. Entw. I. § 197. Entw. II. § 205. Entw. III. § 210. Mot. S. 178. Prot. S. 76, 667.

---

wahrgenommene Lücke des bisherigen Rechts, z. B. in Preußen, wird dadurch ausgefüllt; vgl. § 51 Anm. 5, Schultze, Deutsches Konkursrecht S. 82 ff.

Die Eröffnung des Konkurses im Auslande hat nicht die Wirkung des § 218, abgesehen von Staatsverträgen (vgl. Puchelt I S. 514).

2) Die §§ 8—10, 132 Abs. 2, 134 der KO. treffen Bestimmungen darüber, von wem, wann und wie die durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesse einer Partei während des Konkurses wieder aufgenommen werden können. Die §§ 8 und 9 beziehen sich auf Rechtsstreitigkeiten über die Aktivmasse und über Masseschulden; in ihnen steht auf Seiten des Gemeinschuldners die Befugniß zur Aufnahme dem Konkursverwalter, im Falle des § 8 Abs. 2 dem Gemeinschuldner selbst zu. Die §§ 10, 132 und 134 dagegen handeln von den Streitigkeiten in Betreff der Passivmasse; in ihnen ist es Sache der Gläubiger der streitig gebliebenen Forderungen bzw. der Widersprechenden, den Prozeß aufzunehmen, im Falle des Bestreitens von Seiten des Gemeinschuldners (§ 132 Abs. 2) gegen den Letzteren (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 139). Die Aufnahme erfolgt in Gemäßheit des § 227.

Der § 218 der CPO. findet nach der allgemeinen Fassung des Textes wie nach einer vom Regierungskommissar in der RTK. gegebenen Erklärung sowohl auf einen die Aktivmasse wie auf einen die Passivmasse betreffenden Prozeß Anwendung (A. M. Siebenhaar S. 232; s. dagegen Schultze a. a. O. S. 87 Anm. 2, RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 271). Es kommt nur darauf an, daß der Prozeß die Konkursmasse betrifft, d. h. daß sich aus der Entscheidung ein Präjudiz für die Konkursmasse (s. KO. § 1) ergiebt (ein Beipiel s. RG. XI S. 398 — nach der aktiven Seite; vgl. KO. § 8). Hiernach bezieht sich § 218 nicht auf Prozesse, welche überhaupt die Konkursmasse nicht berühren, wie z. B. über Statusverhältnisse des Gemeinschuldners (Schultze a. a. O. S. 86, RG. V S. 178, Preuß. Just. Min. Bl. 1884 S. 37). Ueber die (mehr konkursrechtliche) Streitfrage, ob durch die Konkurseröffnung auch das von einem Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigten betriebene Zwangsvollstreckungsverfahren unterbrochen wird und vom Konkursverwalter aufgenommen werden muß, vgl. Sarwey Kommentar z. KO. 2. Aufl. S. 53 ff., Petersen § 218 Nr. 1 a. E., Gaupp I S. 549, 550, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 5, Schultze a. a. O. S. 92 ff., Hauser in s. Zeitschrift f. Reichs- u. Landesrecht III S. 468 ff. Erstere verneinen, letzterer neigt sich zur Bejahung. Wegen des Einflusses der Konkurseröffnung auf die Zwangsvollstreckung überhaupt vgl. KO. § 11.

Die Aufnahme kann seitens des Konkursverwalters noch in der Revisionsinstanz erfolgen, und derselbe ist selbstverständlich befugt, diejenigen Thatsachen daselbst geltend zu machen, von denen die Zulässigkeit dieser Aufnahme abhängt (RG. XI S. 398).

3) Die Worte „oder das Konkursverfahren aufgehoben" sind auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. aufgenommen worden, weil die Frage, wie es mit den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozessen zu halten sei, wenn während des Konkurses eine Aufnahme nicht erfolgt, in der Konkursordnung nicht gelöst wird und nicht wohl gelöst werden kann, und weil eine analoge Anwendung des § 217 auf diesen Fall zu unnöthigen Weitläufigkeiten führen würde. Die durch die Konkurseröffnung eingetretene Unterbrechung erreicht somit, wenn während des Konkurses eine Aufnahme nicht erfolgt ist, mit der Aufhebung des Konkurses von selbst eine Ende; jede Partei kann ohne Weiteres das Verfahren wieder aufnehmen. (So auch Seuffert, Arch. 38 Nr. 198 — OLG. Hamburg). Von der Aufhebung des Konkursverfahrens, welcher hier die „Einstellung" (KO. §§ 188—192) gleichsteht, handelt die KO. in den §§ 105, 151, 152, 175.

4) Der in den Entwürfen enthaltene Abs. 2: „Wird die Aufnahme verzögert, so finden die Vorschriften des vorstehenden Paragraphen entsprechende Anwendung" ist von der RTK. mit

§ 219. Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

N. Entw. § 379 Nr. 3 u. 4, § 382 Nr. 2. Entw. I. § 198. Entw. II. § 206. Entw. III. § 211. Mot. S. 176. Prot. S. 76.

Rücksicht auf die Bestimmungen in den §§ 8 Abs. 1, 132, 134 der KO. als entbehrlich gestrichen worden. Das Aufnahmeverfahren bildet einen Zwischenstreit unter den Parteien (vgl. §§ 217 Anm. 2, 275 Anm. 1b, Schollmeyer a. a. O. S. 97 ff. A. M. Gaupp I S. 548).

5) Nach § 13 des Gesetzes vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (RGBl. S. 277) tritt eine Unterbrechung auch dann ein, wenn ein Gläubiger außerhalb des Konkurses eine Anfechtungsklage erhoben hat, und nachher der Konkurs gegen den Schuldner eröffnet wird, obgleich der Schuldner bis dahin nicht formell Partei in jenem Prozesse war; und es kommen im Falle der Verzögerung der Aufnahme die Bestimmungen des § 217 der CPO. zur entsprechenden Anwendung. Lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme ab, so kann der Rechtsstreit rücksichtlich der Prozeßkosten von jeder Partei aufgenommen werden.

6) Ueber die Anwendbarkeit des § 218 bei Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß s. § 220. Der Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft unterbricht nicht den Rechtsstreit über die dadurch (auf eine subsidiäre reduzirte) Haftung der einzelnen Gesellschafter; es kann nur die Aussetzung nach § 139 erfolgen (vgl. § 59 Anm. 2, A. Förster Anm. 4).

§ 219.

1) Dem Tode einer Partei steht in prozessualischer Beziehung der Verlust der Prozeßfähigkeit (§ 50) oder bei einer nicht prozeßfähigen Partei der Wegfall des gesetzlichen Vertreters (§ 50) — sei es in Folge des Todes desselben oder des Aufhörens seiner Vertretungsbefugniß — gleich, dieser Wegfall aber nur dann, wenn er nicht Folge der inzwischen eingetretenen Prozeßfähigkeit der Partei ist (vgl. übrigens § 223). Ist eine Partei prozeßfähig geworden, und scheidet in Folge dessen ihr bisheriger gesetzlicher Vertreter aus, so findet eine Unterbrechung des Verfahrens nicht statt, weil die Partei in jedem Zeitpunkte gehörig vertreten ist (vgl. Hann. Prot. IV S. 1222—1224); es kann daher, wenn der gesetzliche Vertreter vor seinem Ausscheiden zu einem Termin geladen war, gegen die inzwischen prozeßfähig gewordene, in dem Termin nicht erschienene Partei ein Versäumnißurtheil erlassen werden. Ist dagegen aus den in § 219 bezeichneten Gründen eine Unterbrechung eingetreten, und wird die Partei demnächst prozeßfähig, so ist in Betreff der erforderlichen Anzeige § 219 entsprechend anzuwenden, dergestalt daß dieselbe an die Partei oder von dieser zu machen ist (vgl. Wilm. Levy Anm. 5, Hellmann I S. 606, A. Förster Anm. 3 a. E.).

Unter das Aufhören der Vertretungsbefugniß fällt das Aufhören des gesetzlichen Verwaltungsrechts, z. B. des Nießbrauchs am peculium adventitium, nur dann, wenn der Berechtigte „gesetzlicher Vertreter“ war (vgl. § 51 Anm. 2).

2) Eine förmliche Aufnahme des Verfahrens nach Art der §§ 217 und 218 tritt nicht ein. Vielmehr genügt zur Fortsetzung des Verfahrens auf der einen Seite die Anzeige des gesetzlichen Vertreters bzw. des neuen gesetzlichen Vertreters von seiner Bestellung an den Gegner, auf der anderen Seite die Anzeige des Gegners an den gesetzlichen Vertreter von seiner Absicht, den Prozeß fortzusetzen (vgl. § 227). Wird die Bestellung eines gesetzlichen bzw. eines neuen gesetzlichen Vertreters verzögert, so hat sich der Gegner an die Organe, welche für die Bestellung zu sorgen haben (Vormundschaftsbehörde usw.), mit Anträgen auf Bestellung zu wenden.

3) Die Bestellung eines provisorischen Vertreters von Seiten des Gerichts oder des Vor-

§ 220. Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des §. 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des §. 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

N. Entw. § 382. Entw. I. § 199. Entw. II. § 207. Entw. III. § 212. Mot. S. 177. Prot. S. 76.

§ 221. Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§. 161) erfolgen.

N. Entw. §§ 379 Nr. 5, 382 Nr. 4, 389, 390. Entw. I. § 200. Entw. II. § 208. Entw. III. § 213. Mot. S. 178. Prot. S. 76.

---

sitzenden nach Analogie des § 55 ist nicht zulässig. Dagegen trifft auch beim Tode des nach § 55 bestellten besonderen Vertreters § 219 zu (Puchelt I S. 516 Anm. 3, Petersen §§ 219, 220 Nr. 1 u. A.).

4) Die Zwangsvollstreckung wird (anders als beim Tode des Schuldners) durch die in § 219 vorgesehenen Ereignisse nicht unterbrochen.

§ 220.

1) Ein Nachlaßkurator [„Pfleger" — Preuß. Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 § 89 (GS. S. 431)] steht dem gesetzlichen Vertreter einer lebenden Partei (s. RG. IV S. 437), der Konkurs über den Nachlaß (vgl. KO. §§ 202—206) dem Konkurse über das Vermögen einer lebenden Partei gleich. Die Aufnahme erfolgt daher hier nicht nach § 217 Abs. 2—4, sondern nach den §§ 218, 219 (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 271).

2) Wird im Falle der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß das Konkursverfahren aufgehoben oder eingestellt, bevor die Aufnahme des Prozeßverfahrens erfolgt ist, so tritt wieder die Regel des § 217 ein, da die Beendigung des Konkursverfahrens die Beendigung der durch den Tod herbeigeführten Unterbrechung nicht bewirken kann (Gaupp I S. 553, Hellmann I S. 607, 608, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Kleiner I S. 692).

§ 221.

1) Der Anwaltszwang (§ 74) hat zur Folge, daß, wenn der Anwalt stirbt oder unfähig wird, ferner als Anwalt im Prozesse zu fungiren, die betreffende Partei unvertreten und unvertheidigt ist; mithin muß nach den allgemeinen Bemerkungen zu diesem Titel eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten, und zwar auch, wenn es sich nur noch um die Zustellung des Urtheils erster oder zweiter Instanz handelt (RG. X S. 347; RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1130, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 248; vgl. §§ 162 Anm. 1, 226 Anm. 4), dagegen nicht, wenn die Zustellung der Rechtsmittelschrift (vgl. § 164) in Frage steht (RG. im R.Anz. 1885 b. Beil. 3 S. 120), weil nach Beendigung einer Instanz von einer Unterbrechung des Verfahrens nicht die Rede sein kann. Darauf ob ein anderer Anwalt substituirt ist, kommt es nicht an (vgl. § 162 Anm. 1; RG. XI S. 368).

Wenn ein Anwalt seiner Partei das Mandat kündigt oder umgekehrt die Partei ihrem Anwalt, so tritt eine Unterbrechung nicht ein, weil nach § 83 in Anwaltsprozessen die Kündigung

§ 222. Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

N. Entw. § 391. Entw. I. § 201. Entw. II. § 209. Entw. III. § 214. Mot. S. 175. Prot. S. 76.

---

des Mandats erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts dem Gegner gegenüber rechtliche Wirksamkeit erlangt.

2) Unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, wird in Anwaltsprozessen ein Anwalt durch freiwilliges Scheiden aus der Rechtsanwaltschaft bzw. Aufgeben der Zulassung, durch Zurücknahme der Zulassung (RAO. §§ 21—24) oder durch Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft (RAO. §§ 63 Nr. 4, 96, StrGB. § 31). Eine bloße (körperliche oder geistige) Erkrankung an sich ist kein Grund der Unfähigkeit (vgl. RAO. § 22, welcher den Fall der Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit umfaßt; s. Völk, RAO. S. 46 ff.; vgl. auch F. Meyer, RAO. S. 39. A. M.: Puchelt I S. 518 Anm. 3, Sarwey I S. 326; vgl. jedoch Petersen § 221 Nr. 1, Gaupp I S. 555, Wilm. Levy Anm. 2), ebensowenig eine andere thatsächliche Verhinderung an der Vertretung der Partei, z. B. in Folge plötzlicher Verhaftung (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 160).

3) Eine förmliche Aufnahme des Verfahrens nach Art der §§ 217 und 218 tritt auch hier nicht ein, sondern es genügt, wie in den Fällen des § 219, zur Fortsetzung eine bloße Anzeige des bestellten neuen Anwalts von seiner Bestellung an den Gegner (vgl. § 227; s. auch RG. XI S. 370).

4) Der Abs. 2 trifft Vorsorge für den Fall, daß die Anzeige verzögert wird. Ueber diesen Begriff vgl. § 217 Anm. 2. Wie im Falle des § 217 die Rechtsnachfolger, so kann in dem hier fraglichen Falle die Partei selbst zur Fortsetzung des Verfahrens aufgefordert werden, und zwar — abgesehen von dem Falle, wo die Aufnahme nur behufs Zustellung des Urtheils erfolgt (vgl. Anm. 1), also eine mündliche Verhandlung in der Instanz, zu welcher noch geladen werden könnte, nicht mehr stattfindet — in doppelter, in der Wahl des Gegners stehender Weise, entweder durch eine bloße Aufforderung zur Bestellung eines neuen Anwalts oder durch Ladung zur Verhandlung der Hauptsache, mit welcher Ladung übrigens nach § 192 die Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts stets verbunden sein muß (vgl. auch N. E. § 389 Abs. 1). — Wird der Aufforderung binnen der vom Vorsitzenden gesetzten Frist (vgl. § 217 Anm. 3) nicht nachgekommen, so findet, abweichend von § 217, ein Versäumnißverfahren mit Versäumnißurtheil nicht statt, vielmehr nimmt mit Ablauf der gesetzten Frist die Unterbrechung des Verfahrens ipso jure ihr Ende. Außerdem ist für diesen Fall die Zustellung an die zur Anzeige verpflichtete Partei nach Maßgabe des letzten Satzes erleichtert. Die Worte „Bis zur nachträglichen Anzeige" beziehen sich übrigens nur auf die Zeit vom Ablaufe der Frist bis zur nachträglichen Anzeige (Gaupp I S. 556, Petersen § 221 Nr. 3, jetzt auch Seuffert, Anm. 4 u. A. A. M.: Sarwey I S. 236, v. Bülow Anm. 3, welche die Aufgabe zur Post trotz § 226 Abs. 2 schon von der Unterbrechung an zulassen wollen). — Auch in dem zweiten Falle, wenn die säumige Partei zur Verhandlung der Hauptsache geladen ist, wird, sofern sie in dem Verhandlungstermine ausbleibt bzw. nicht durch einen Anwalt vertreten ist, hinsichtlich der Aufnahme des Verfahrens ein besonderes Versäumnißurtheil nicht erlassen, wogegen zur Hauptsache nach allgemeinen Regeln das Versäumnißverfahren eintritt, d. h. die nicht vertretene Partei in Gemäßheit der §§ 295 ff. als säumig behandelt wird.

5) Fällt im Parteiprozesse der Anwalt oder sonstige Prozeßbevollmächtigte in Folge Todes usw. weg, so befindet die betreffende Partei sich in derselben Lage, als wenn die gesetzliche Vertretung einer Partei aufhört, weil letztere selbst prozeßfähig geworden. Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt mithin nicht ein (vgl. § 219 Anm. 1).

§ 222.

Der § 222 handelt von den Fällen des sog. justitium, in welchen in Folge äußerer, nicht

§ 223. Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§. 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§. 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

N. Entw. §§ 379 Nr. 1—3, 380, 385. Entw. I. § 202. Entw. II. § 210. Entw. III. § 215. Mot. S. 177. Prot. S. 76.

---

in der Person der Partei oder ihrer Vertreter liegender Ereignisse, z. B. eines Krieges, ansteckender Krankheiten usw., die Thätigkeit des Gerichts einen gänzlichen Stillstand erleidet. In der Regel wird ein Erlaß der Staats- oder Militärgewalt einen solchen Zustand konstatiren; nothwendige Voraussetzung ist dies aber nicht. Die Fortsetzung des Prozesses erfolgt nach Beendigung dieses Zustandes nach allgemeinen Regeln in Gemäßheit des § 193 durch Ladung von der einen oder anderen Seite ohne jede Wiederaufnahme. Vgl. übrigens § 36 Nr. 1.

§ 223.

1) Abs. 1: Nach den allgemeinen Bemerkungen zu diesem Titel findet eine Unterbrechung des Verfahrens nur statt, wenn in einem Prozesse ein Ereigniß eintritt, in Folge dessen eine Partei ihrem Gegner unvertheidigt gegenübersteht. Dieses ist aber nicht der Fall, wenn bei dem Tode, dem Verluste der Prozeßfähigkeit oder dem Wegfall des gesetzlichen Vertreters — welche nach den §§ 217 und 219 an sich Gründe der Unterbrechung bilden — eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten — im Anwalts- oder Parteiprozesse — vertreten war, weil nach § 82 die Vollmacht desselben weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben wird. Deshalb tritt in diesen Fällen nach § 223 Abs. 1 eine Unterbrechung des Verfahrens von Rechtswegen nicht ein. (Anders in den Fällen des § 218; vgl. § 82 Anm. 1.) Dem Bevollmächtigten steht der nach § 85 einstweilen zugelassene Geschäftsführer gleich. (So auch Petersen § 223 Nr. 1, Seuffert Anm. 1, Gaupp I S. 558 u. A. A. M. Kleiner I S. 698.)

Dagegen ist für den Bevollmächtigten die Möglichkeit, die Aussetzung des Verfahrens verlangen zu können, von großem Interesse, um von den ihm zur Zeit vielleicht noch nicht einmal bekannten Rechtsnachfolgern seines Auftraggebers bzw. von dem gesetzlichen Vertreter sich eine neue Vollmacht und die nöthige Instruktion geben zu lassen; ebenso im Falle des Todes für den Gegner, um die Personen der Rechtsnachfolger zu erfahren und sich zu vergewissern, daß dieselben wirklich die Absicht haben, mit ihm den Prozeß fortzusetzen, und daß die Fortführung nicht bloß auf dem Willen des Bevollmächtigten beruht, welcher von den Rechtsnachfolgern noch gar keine Instruktion eingeholt hat (Hann. Prot. IV S. 1216 ff., Nordd. Prot. S. 423). Deshalb giebt § 223 dem Bevollmächtigten bzw. dem Gegner das Recht, in den gedachten Fällen die Aussetzung bei dem Prozeßgerichte zu verlangen. Ueber die Prozedur s. § 225, über die Nothwendigkeit einer neuen Vollmacht § 82 a. E.

— „des Todes“ — der Partei, nicht des gesetzlichen Vertreters (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 340), und zwar vor oder nach Erlaß des Urtheils (RG. VII S. 332).

2) Abs. 2: Die Dauer der Aussetzung und die Art der Aufnahme des Verfahrens ist in den einzelnen hier behandelten Fällen verschieden; sie richtet sich nach den Regeln, welche für die einzelnen Fälle (der Unterbrechung) in den §§ 217, 219, 220 unter der Voraussetzung gegeben sind, daß ein Prozeßbevollmächtigter nicht vorhanden ist.

3) Daß im Falle des Todes der die Ladung zur Aufnahme des Verfahrens enthaltende

§ 224. Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

N. Entw. § 392. Entw. I. § 203. Entw. II. § 211. Entw. III. § 216. Mot. S. 175, 178. Prot. S. 76.

§ 225. Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

N. Entw. § 392. Entw. I. § 204. Entw. II. § 312. Entw. III. § 217. Mot. S. 175. Prot. S. 76.

Schriftsatz neben den Rechtsnachfolgern auch dem Bevollmächtigten der verstorbenen Partei zugestellt werden muß, ist eine Abweichung von dem Grundsatze des § 217 Abs. 3, welche darauf beruht, daß erfahrungsmäßig in den meisten Fällen derselbe Prozeßbevollmächtigte beibehalten wird. Auf der anderen Seite enthält die Vorschrift, daß die Ladung in diesem Falle auch an die Rechtsnachfolger selbst geschehen soll, keinen Widerspruch gegen den Grundsatz des § 82 und dient zur Bezeichnung der Personen, welche der Gegner als Erben der Partei betrachtet wissen will (Nordd. Prot. S. 423, Mot. S. 177). In Anwaltsprozessen muß die Ladung an die Rechtsnachfolger die in § 192 vorgeschriebene Aufforderung enthalten.

§ 224.

1) Im Gegensatze zum § 222 berücksichtigt der § 224 Hindernisse, welche in Folge äußerer Ereignisse nicht allgemein, sondern nur in der Person einer Partei eintreten. Es findet alsdann nicht eine Unterbrechung von Rechtswegen, sondern nur eine Aussetzung von Seiten des Gerichts statt, diese aber, abweichend von den Fällen des § 223, einestheils nicht bloß auf Antrag einer Partei, sondern auch von Amtswegen, anderntheils lediglich fakultativ („kann"). Das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten steht der Anwendbarkeit des § 224 nicht im Wege, verringert aber im einzelnen Falle das Bedürfniß der Aussetzung. Nach Beseitigung des Hindernisses bedarf es zur Beendigung der Aussetzung, wie im Falle des § 222, weder einer Anzeige noch der Aufnahme im Sinne des § 227; vielmehr ist nach Maßgabe des § 141 die die Aussetzung betreffende Anordnung auf Antrag oder auch von Amtswegen wieder aufzuheben. (Vgl. Endemann I S. 640, Gaupp I S. 560, Sarwey I S. 329, Hellmann I S. 613 u. A.)

2) Der Hauptfall ist der, wenn eine Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet. Eine dem N. E. § 392 Abs. 2 entsprechende Vorschrift, daß beim Ausbruche eines Krieges, wenn der Reichstag nicht versammelt und deshalb der Erlaß eines Reichsgesetzes nicht möglich ist, durch Kaiserliche Verordnung das Ruhen des Verfahrens in allen Prozessen, bei welchen Militärpersonen betheiligt sind, angeordnet werden kann, ist nicht aufgenommen. Ein spezielles Bundesgesetz dieses Inhalts war das Gesetz vom 21. Juli 1870, betr. die zu Gunsten der Militärpersonen eintretende Einstellung des Civilprozeßverfahrens (BGBl. S. 493). Nach § 2 dieses Gesetzes trat die Einstellung allgemein kraft Gesetzes, nicht, wie nach § 224, im einzelnen Falle durch richterliche Anordnung ein. Im „Militärdienste" befinden sich die „Militärpersonen" (vgl. § 14 Anm. 1).

3) Der zweite Fall ist der, wenn der Ort, an welchem eine Partei sich aufhält, durch Krieg oder durch obrigkeitliche Anordnung, z. B. wegen ansteckender Krankheiten [vgl. für Preußen z. B. Kab.-O. vom 12. Juli 1831 (GS. S. 156)] oder durch andere Zufälle z. B. Ueberschwemmungen, von dem Verkehr mit dem Prozeßgerichte abgeschnitten ist.

§ 225.

1) § 225 regelt die Form des Verfahrens für alle Arten der Aussetzung. Vgl. § 229 Anm. 1. „Gesuch" ist hier gleichbedeutend mit „Antrag" (vgl. Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 233). Für dasselbe besteht kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2).

§ 226. Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

N. Entw. §§ 381, 394. Entw. I. § 205. Entw. II. § 213. Entw. III. § 218. Mot. S. 178, 179. Prot. S. 76.

Wegen des Abs. 2 vgl. § 119 Anm. 4b.

2) Wegen der Gebührenfreiheit s. GKG. §§ 26 Nr. 4, 47 Nr. 1.

§ 226.

1) Die in § 226 verzeichneten Wirkungen der Unterbrechung und der Aussetzung sind — abgesehen von Abs. 3 — die gleichen. Sie treten auch in anderen Fällen der Aussetzung als in denjenigen der §§ 223, 224 ein (Seuffert Anm. 3, Sarwey I S. 330, Gaupp I S. 561, 562 u. A. A. M. Endemann I S. 640; vgl. § 229 Anm. 1), im Falle des § 7 d. Preuß. Verordn., betr. d. Kompetenzkonflikte 2c., v. 1. Aug. 1879 (GS. S. 573) jedoch mit Ausnahme des Abs. 3.

2) Abs. 1: — „einer jeden Frist“ — Hierzu gehören auch die Nothfristen. Dagegen hat § 226 für Jahresfristen und ähnliche uneigentliche Fristen (§ 201 Anm. 1) keine Bedeutung (Seuffert Anm. 1a).

3) Abs. 2: Selbstverständlich ist, daß zu den während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen im Sinne des Abs. 2 nicht auch eine Ladung zur Verhandlung der Hauptsache gehört, welche in Gemäßheit des § 217 Abs. 2 mit der Ladung der Rechtsnachfolger zur Wiederaufnahme verbunden wird, ebenso, daß, wenn die unvertheidigte Partei auf die Geltendmachung der Ungültigkeit ausdrücklich oder stillschweigend (§ 267) verzichtet, auch die während der Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommenen Handlungen rechtliche Wirkung haben (RG. X S. 69, Seuffert Anm. 1 a. E., Petersen § 226 Nr. 2 a. E. u. A.).

Zweifelhaft ist es, ob der Abs. 2 sich trotz des engeren Wortlauts auch auf die vom Gerichte vorgenommenen Prozeßhandlungen bezieht. Innere Gründe sprechen für die Bejahung (RG. X S. 69, Petersen a. a. O., Gaupp I S. 562, Fitting § 42 Anm. 8 u. A.).

4) Abs. 3: Der Grundsatz gilt, weil im Abs. 3 — abweichend von den Abs. 1 und 2 — nur von der Unterbrechung die Rede ist, nicht von der Aussetzung. Da diese von der Thätigkeit des Gerichts abhängt, ist kein Grund vorhanden, eine Urtheilsverkündung noch zuzulassen, obwohl das Gericht sie nicht angeordnet hat. Zwar sagen die Mot. zum § 226 im Eingange ausdrücklich:

> „In ihrem Erfolge stehen sich Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens durchaus gleich“

und erklären außerdem bei der speziellen Begründung des Abs. 3, ohne zwischen Unterbrechung und Aussetzung irgendwie zu unterscheiden:

> „Wenn die Entscheidung noch nicht erlassen, jedoch die mündliche Verhandlung bereits geschlossen ist, auf welche die Entscheidung ergehen kann, so ist eine weitere Parteithätigkeit nicht erforderlich. Ein diese hemmendes Ereigniß bleibt deshalb einflußlos und hindert die allein noch rückständige Verkündung der Entscheidung nicht.“

Allein der deutlichen Vorschrift des Gesetzestextes gegenüber dürfte hierauf kein Gewicht zu legen sein. (Ebenso Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp I S. 562, 563, A. Förster Anm. 2 u. A. Abweichend Petersen § 226 Nr. 3. Anders übrigens P. E. §§ 762, 763 und H. E. § 215.)

§ 227. Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

N. Entw. § 383. Entw. I. § 206. Entw. II. § 214. Entw. III. § 219. Mot. S. 179. Prot. S. 76.

§ 228. Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

N. Entw. §§ 395, 438, 493. Entw. I. § 207. Entw. II. § 215. Entw. III. § 229. Mot. S. 179, 180. Prot. S. 76.

Dagegen kann die Zustellung des Urtheils sowohl bei der Unterbrechung wie bei der Aussetzung erst nach erfolgter Aufnahme des Verfahrens in der betreffenden Instanz erfolgen (vgl. oben S. 225, Gaupp I S. 546, 547, Wilm. Levy Anm. 5, Puchelt I S. 526. A. M. Kleiner I S. 703 unter Bezugnahme auf die Mot.; theilweise abweichend auch Sarwey I S. 322, 323).

§ 227.

1) „Die Aufnahme" — s. §§ 217, 218, 220, 223 Abs. 2; — „die — — Anzeigen" — s. §§ 219, 220, 221.

— „durch Zustellung eines Schriftsatzes" — Der Schriftsatz kann zugleich Anträge in der Hauptsache, z. B. die Erhebung eines Rechtsmittels, enthalten (RG. XI S. 398). Indessen ist es nicht erforderlich, daß der Aufnehmende gleichzeitig einen das Verfahren fortsetzenden Antrag in der Hauptsache anbringt, wozu er vielleicht gar nicht in der Lage ist. Die Aufnahme erfolgt ohne jedes Zuthun des Gerichts und bewirkt nur, daß die Fristen laufen und jede Partei rechtsverbindliche Anträge zur Hauptsache stellen darf (RG. XIII S. 315). — Wegen der Ladung vgl. § 141 Anm. 2.

Die den allgemeinen Regeln über den Prozeßbetrieb entsprechende Bestimmung des § 227 schließt nicht aus, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens auch ohne Vorbereitung durch Schriftsatz in der mündlichen Verhandlung erfolgen kann (vgl. §§ 119 Anm. 1, 120). Die Mot. erkennen dieses ausdrücklich an (vgl. auch Nordd. Prot. S. 426).

Der Zeitpunkt der Zustellung bezeichnet in den Fällen der Aufnahme wie in denjenigen, in welchen eine Anzeige genügt, zugleich den Zeitpunkt für die Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung und mithin auch für den Wiederbeginn des Laufs der Fristen (§ 226 Abs. 1).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 4, GO. f. RA. § 20.

2) Im amtsgerichtlichen Prozesse erfolgt die Aufnahme nach Vorschrift der §§ 457, 458. Vgl. § 462.

§ 228.

1) Das Verfahren ruht entweder in Folge einer Vereinbarung der Parteien (Abs. 1) oder in Folge Nichterscheinens beider Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung (Abs. 2); auch können beide Gründe konkurriren, wenn das Nichterscheinen beider Parteien nicht auf einem zufälligen Zusammentreffen, sondern auf einem vorherigen Einverständniß derselben beruht. Ein eventueller Antrag auf Beruhenlassen ist aber nicht zulässig (OLG. Karlsruhe in Busch Zeitschr. VII S. 343). Erscheint nur eine Partei und stellt keine Anträge, so ruht das Verfahren ebenfalls (RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 174).

2) Abs. 1: Die Vereinbarung kann in jeder Lage der Sache ohne Beobachtung irgend welcher Form (vgl. § 202 Anm. 1) getroffen werden. [A. M. theilweise Seuffert Anm. 2, welcher bei einer Vereinbarung für eine bestimmte Zeit im einzelnen Falle prüfen will, ob mit derselben nicht ein materiellrechtlicher und mithin den Formen des bürgerlichen Rechts unterliegender Stundungsvertrag verbunden sei, und abgesehen hiervon ein Recht auf Vertagung nicht an-

§ 229. Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften

---

erkennt. Eine Vereinbarung über das Ruhen des Verfahrens bleibt aber immer ein prozeßrechtlicher und als solcher vollkommen wirksamer Vertrag, selbst wenn er thatsächlich die gleiche Wirkung äußert wie ein Stundungsvertrag. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp I S. 564, Sarwey I S. 332, A. Förster Anm. 2 u. A.)] Sie kann ferner für bestimmte oder unbestimmte Zeit getroffen werden. Im ersteren Falle kann einem vor Ablauf der verabredeten Frist gestellten, die Fortsetzung des Verfahrens bezielenden Antrage der Gegner den Einwand des verfrühten Prozeßbetriebs entgegensetzen. Im letzteren Falle kann eine jede Partei die andere in dem ihr geeignet scheinenden Zeitpunkte zur Fortsetzung des Verfahrens in Gemäßheit des § 193 laden lassen. Letzteres gilt auch, wenn das Verfahren ohne zuvorige Vereinbarung in Folge des Nichterscheinens beider Parteien in einem Termine ruht. Eine Anzeige der Vereinbarung an das Gericht ist angemessen aber nicht erforderlich. Vgl. § 205 Anm. 1.

Wegen der Kosten s. § 114 Anm. 2, GKG. §§ 93, 94, GO. f. RA. § 85.

3) Daß die Vereinbarung der Parteien auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß hat, ist eine Konsequenz der Bestimmung des § 202 Abs. 1 (vgl. § 202 Anm. 2). Ein Gleiches muß auch rücksichtlich der Fristen des § 212 gelten, obwohl sie zu den Nothfristen nicht gehören (§ 212 Anm. 2 u. 3). [So auch Seuffert Anm. 3, Petersen § 228 Nr. 3, Gaupp I S. 564, Hellmann I S. 618 u. A. A. M.: Puchelt I S. 529 Anm. 3, Kleiner I S. 107.]

4) Abs. 2: „Termin zur mündlichen Verhandlung" ist nicht jeder Termin, sondern nur ein zur kontradiktorischen Verhandlung zwischen den Parteien bestimmter Termin (vgl. § 119 Anm. 4), übrigens auch, wenn die Verhandlung nur eine fakultative ist (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 664). In Terminen, welche zu anderen Zwecken, z. B. zur Beweisaufnahme oder zur Verkündung gerichtlicher Entscheidungen, stattfinden, hat daher das Ausbleiben beider Parteien ein Ruhen des Verfahrens nicht zur Folge; vielmehr geht die Handlung, für welche der Termin bestimmt ist, soweit es überhaupt möglich, ohne Rücksicht auf die Abwesenheit der Parteien vor sich (§§ 283 Abs. 1, 332 Abs. 1, 333 Anm. 1; vgl. Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 260). Ist nur ein bestimmter Tag als Terminzeit bezeichnet, so tritt die Ruhe erst ein, wenn keine Partei bis zum Schlusse der Gerichtssitzung dieses Tages erschienen ist. Eine Vereinbarung der Parteien hemmt aber auch hier nach der allgemeinen Regel des Abs. 1 die Fortdauer des Verfahrens.

5) Eine förmliche Aufnahme des ruhenden Verfahrens (§ 227) findet nicht statt. Beendigt wird das Ruhen durch eine Ladung (§ 191) von Seiten der einen oder anderen Partei (vorbehaltlich des Einwandes, daß die vereinbarte Frist noch laufe — vgl. Endemann I S. 644, Sarwey I S. 332), bzw. in Fällen, in welchen eine mündliche Verhandlung durch die Lage des Prozesses zunächst nicht erfordert wird, durch eine den Willen der Fortsetzung des Verfahrens bekundende Prozeßhandlung, z. B. die Zustellung eines Urtheils, um die Rechtsmittelfrist in Bewegung zu setzen, den Antrag an das Gericht, die beschlossene Beweisaufnahme vorzunehmen. (So auch Gaupp I S. 565, 566, Petersen § 228 Nr. 4.)

Die Berechnung der der Privatvereinbarung unterworfenen Fristen richtet sich bei der Fortsetzung des Verfahrens zunächst nach der Vereinbarung; im Zweifel laufen alle Fristen von der Fortsetzung an von neuem. (So auch Seuffert Anm. 3 u. A.)

6) Das dem französischen Rechte (Code de proc. art. 397 ff.) eigenthümliche, mit gewissen Aenderungen in verschiedene neuere Gesetzgebungswerke (vgl. z. B. P. E. §§ 776 ff. und N. E. § 438) übergegangene Institut des Erlöschens der Instanz (péremtion d'instance) hat keine Aufnahme gefunden. Die auf dasselbe bezüglichen Bestimmungen der bisherigen Prozeßordnungen finden daher in Zukunft keine Anwendung mehr in Deutschland (vgl. über das Institut: Hann. Prot. IV S. 1249 ff., XV S. 5188 ff., Nordd. Prot. S. 432 ff.). Hinsichtlich des Mahnverfahrens vgl. §§ 637, 640, 641.

§ 229.

1) In § 229 findet der Gedanke Ausdruck, daß die in diesem Titel enthaltenen Fälle der

dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 393, 815. Nr. 9. Entw. I. — Entw. II. § 216. Entw. III. § 231. Mot. S. 175, 180. Prot. S. 76, 77.

Aussetzung des Verfahrens (§§ 223, 224) nicht die einzigen zulässigen sind, daß es vielmehr noch andere giebt, vorausgesetzt, daß dieselben auf reichs- oder landesgesetzlicher Bestimmung beruhen (vgl. die Aeußerung des Reg.-Vertreters in der RTK., Prot. S. 76). Die CPO. selbst enthält in anderen Abschnitten noch eine Reihe von Fällen, in welchen eine Aussetzung durch das Gericht angeordnet werden kann; so bei der Hauptintervention (§ 62), bei der Abhängigkeit eines Civilprozesses von einem anderen Prozeß-, einem Verwaltungs- oder einem Strafverfahren (§§ 139, 140), in Ehesachen (§ 580), im Aufgebotsverfahren (§ 830). Außerdem hält § 15 Nr. 1 des EG. z. CPO. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten ausdrücklich aufrecht. Nach der Preuß. Verordn. v. 1. August 1879 § 7 (GS. S. 573 — Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 524, 525) findet in diesem Falle eine Unterbrechung statt (s. § 226 Anm. 1).

2) Daß das Gericht nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zur Anordnung einer Aussetzung befugt ist, bezeichnen die Mot. als selbstverständlich; auch wird es durch die Fassung des § 229 wenigstens angedeutet. Ein Antrag, in Uebereinstimmung mit § 393 des N. E. auszusprechen, daß nur auf Grund einer Bestimmung der Prozeßordnung die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden könne, wurde von der RTK. abgelehnt.

3) Ueber die Beschwerde vgl. §§ 530 ff., über die sofortige Beschwerde § 540. Nach der allgemeinen Fassung des § 229 bezieht sich derselbe auch auf die Anordnung der Aussetzung von Amtswegen (§ 224). Der Anordnung der Aussetzung steht die Ablehnung der Aufhebung gleich (§ 141 Anm. 1).

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt.

Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urtheil.

§ 230. Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;

Zweites Buch.

Das zweite Buch, welches das Verfahren in erster Instanz regelt, zerfällt in zwei Abschnitte, von denen der eine das Verfahren vor den Landgerichten, der andere das Verfahren vor den Amtsgerichten betrifft. Das Verfahren vor den Landgerichten ist erschöpfend behandelt und dient demjenigen vor den Amtsgerichten im Allgemeinen als Vorbild. Der Abschnitt über das amtsgerichtliche Verfahren nimmt daher auf das landgerichtliche Verfahren Bezug (§ 456) und enthält außerdem nur die Abweichungen von demselben. Ueber die Besonderheiten des Verfahrens vor den (landgerichtlichen) Kammern für Handelssachen vgl. GVG. §§ 102 bis 108, 118.

Erster Abschnitt.

Der erste Abschnitt zerfällt in zwölf Titel, von denen der erste das Verfahren bis zum Urtheil regelt [indessen insofern nicht vollständig, als vielfach die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren (§§ 119—229) ergänzend eingreifen, und als die Vorschriften über den Beweis den besonderen Gegenstand späterer Titel bilden], der zweite das Urtheil selbst behandelt, der dritte unter dem Titel „Versäumnißurtheil" die besondere Gestaltung des Kontumazialverfahrens, der vierte das für gewisse weitläufige Sachen zugelassene außerordentliche, vorbereitende Verfahren, die Titel 5—12 endlich sämmtlich den Beweis betreffen, und zwar Titel 5 allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme, welche wesentlich zur Ergänzung des ersten Titels dienen, Titel 6—11 die einzelnen Beweismittel und Titel 12 die Sicherung des Beweises.

„Die systematische Anordnung der Vorschriften des ersten Abschnitts beruht auf der Erwägung, daß

1. das Verfahren durch das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen beherrscht wird, daß
2. der Beweisbeschluß die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung hat, daß
3. die Beweisaufnahme einen Theil des Verfahrens bildet, daß folglich
4. das mit der Erhebung der Klage beginnende Verfahren erst durch das Endurtheil geschlossen wird.

— —

Die Vorschriften des ersten Titels gewähren ein klares und übersichtliches Bild über den Gang des Verfahrens von der Erhebung der Klage ab bis zum Urtheil,

2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;
3. die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

In der Klageschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.

N. Entw. §§ 197, 403. Entw. I. § 209. Entw. II. § 217. Entw. III. § 222. Mot. S. 22, 182. Prot. S. 77, 78.

---

indem sie dem regelmäßigen Laufe des Verfahrens folgen und zugleich alle Besonderheiten und alle die Beweisaufnahme bezielenden Vorschriften umfassen. Um indeß die Uebersichtlichkeit nicht zu gefährden, sind verschiedene Vorschriften, welche an sich Bestandtheile des ersten Titels sind, in besonderen Titeln (4—12) zusammengestellt, so daß im ersten an den entsprechenden Stellen (§§ 250, 257) auf diese Vorschriften verwiesen werden konnte." (Mot. S. 181.)

Vgl. auch G. Planck in Preuß. Jahrb. Bd. 31 (1873) S. 164 ff.

Erster Titel.

Die §§ 230—232 handeln von der Erhebung der Klage, §§ 232, 234 vom Termin zur mündlichen Verhandlung, §§ 235—242 von den Wirkungen der Klagerhebung, § 243 von der Zurücknahme der Klage, §§ 244, 245 von der Klagebeantwortung und sonstigen vorbereitenden Schriftsätzen, §§ 246—258 von der mündlichen Verhandlung; die §§ 259—266 enthalten allgemeine Grundsätze über den Beweis, §§ 267—271 verschiedene Einzelvorschriften.

§ 230.

1) Die Klage bildet die Grundlage des ganzen Rechtsstreits, ihre Erhebung den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (vgl. §§ 235, 239). Nach Abs. 1 wird dieser Zeitpunkt bestimmt durch die Zustellung der Klageschrift an den Gegner. (S. auch § 460.) Ueber Zustellungen vgl. §§ 152 ff.

Wegen Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag im Parteiprozesse s. §§ 461, 471.

Die umfangreiche Literatur über die „Klage" (actio) s. bei Windscheid, Pandekten I §§ 44 Anm. 5, 45 Anm. 1 und bei Förster (Eccius) I S. 271. Insonderheit von Begründung der Klagen handelt Brinkmann: Die Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gemeinen Rechts nach dem Reichscivilprozeß. 2 Bde. Leipzig 1883; auch Kroll: Klage und Einrede nach Deutschem Recht. Berlin 1884.

2) Abs. 2: Die Klageschrift hat theils einen bestimmenden, theils einen vorbereitenden Charakter (vgl. § 119 Anm. 2). Soweit Ersteres der Fall, schreibt der Abs. 2 des § 230 unter Nr. 1—3 den nothwendigen Inhalt durch das imperative „muß" vor.

3) Nr. 1: Die Bezeichnung der Parteien muß, wie auch die Mot. hervorheben, so bestimmt sein, daß über deren Identität kein Zweifel obwalten kann (Nordd. Prot. S. 529). Vgl. §§ 121 Nr. 1, 630 Nr. 1. Bei Handelsprozessen genügt die Angabe der Firma (vgl. HGB. Art. 111, 164, 213; ROHG. 3 S. 413, 10 S. 410, 14 S. 307, 23 S. 101; Striethorst, Arch. 58 S. 159, 63 S. 84; Seuffert, Arch. 40 Nr. 150 — OLG. Cassel; dagegen verlangt Renaud, Recht d. Kommanditgesellschaften S. 376 für diese, daß schon in der Klageschrift der im Prozesse auftretende Komplementar bezeichnet werde; theilweise anderer Ansicht sind auch Brinkmann a. a. O. S. 79 Anm. 8, Behrend Handelsrecht I S. 266, 267; vgl. noch § 59 Anm. 2). Die in § 121 Nr. 1 instruktionell vorgeschriebene Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter (vgl. auch § 284 Nr. 1) bezieht sich auch auf die Klageschrift, ist aber kein wesentlicher Bestandtheil derselben (vgl. Anm. 8, § 193 Anm. 3, RG. II S. 393, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI

S. 497, Wilm. Levy Anm. 3; strenger anscheinend Endemann II S. 8, Seuffert Anm. 3 I, A. Förster Anm. 3a u. A.).

— „des Gerichts" — Die Bezeichnung der Gerichtsabtheilung (Kammer, Senat) ist — abgesehen von der Kammer für Handelssachen (GVG. § 102) — nicht erforderlich, weil die Zuweisung an dieselbe als innere Angelegenheit des Gerichts von diesem bzw. dem Vorsitzenden von Amtswegen nach der bestehenden Geschäftsvertheilung (vgl. GVG. § 62) zu erfolgen hat (s. Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 633).

4) Nr. 2: — „bestimmte Angabe des Gegenstandes" — Auch bezüglich des Gegenstandes darf kein Zweifel über die Identität obwalten. Wie weit hiernach eine Spezialisirung erforderlich ist, richtet sich nach der Lage des einzelnen Falls. Vgl. § 630 Nr. 3 („Betrags oder Gegenstandes"). [S. auch Brinkmann a. a. O. I S. 150 Anm. 3 u. S. 151 ff.]. Bei Feststellungsklagen (§ 231) ist das Rechtsverhältniß zu bezeichnen, dessen Feststellung begehrt wird (RG. XII S. 388). Wegen der Schadensersatzklagen vgl. Anm. 6.

„Grund des erhobenen Anspruchs" (fundamentum agendi proximum) ist gleichbedeutend mit „Klagegrund" in § 240 (vgl. auch § 630 Nr. 3 hinsichtlich des Mahnverfahrens). Er umfaßt die sog. Klagethatsachen, d. h. „diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen" (Mot. S. 182); denn nur diese führen zu der erforderlichen Bestimmtheit [vgl. auch RG. X S. 434, XI S. 242, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 145, in RAnz. 1885 b. Beil. 9 S. 437, in D. J. Ztg. 1884 S. 655, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 144, Bähr, Urth. d. RG. S. 153, Wetzell S. 149, Sintenis, Erläuterungen S. 272, Dernburg I § 126 S. 279 ff., Endemann II S. 8, Hellmann II S. 4 ff. u. Lehrb. S. 384 ff., Kleiner II S. 5, Wilm. Levy Anm. 5, Gaupp II S. 4—6, A. Förster Anm. 3d, Schultze: Privatrecht u. Prozeß I S. 9, Kroll a. a. O. S. 65 ff., Kleinschrod: Klagänderung S. 24, u. A.].

Dieser den Einklang mit dem materiellen Recht wahrenden Ansicht gegenüber verlangen Andere nur Individualisirung des Anspruchs (im Gegensatz der Substantiirung) und verstehen unter dem Klagegrund das „Rechtsverhältniß", aus dem geklagt (der klägerische Anspruch abgeleitet) wird. [So besonders Wach, Vortr. S. 17 ff., Petersen § 230 II 3 sowie in Busch, Zeitschr. III S. 385 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 658 ff., Siebenhaar S. 246 Anm. ***, Förster (Eccius) I S. 275 ff., wenigstens für andere als obligatorische Verhältnisse (s. S. 898), Nessel in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 34, Alexander-Katz: Schriftsätze u. Anwaltszwang S. 17 ff., Hinschius im Rechtslexikon II S. 472, 473, jetzt auch Seuffert Anm. 3 IV, Fitting im civ. Arch. 61 S. 422 ff. u. in Busch, Zeitschr. IX S. 69 ff., Schollmeyer, Kompens. S. 126, Dreyer in Gruchot, Beitr. XXVI S. 135; ähnlich RG. X S. 395, Sarwey I S. 337 und Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 26, 123 ff., welcher die „Rechtsbehauptung" verlangt. (Der hierfür von Letzterem sowie von Petersen in Gruchot a. a. O. S. 671 angeführte § 296 ist nicht beweisend, weil dessen Inhalt durch § 300 Nr. 1 u. 3 eingeschränkt ist, und weil daraus, daß der betreffende Mangel der Klageschrift nachgeholt werden kann (vgl. Anm. 8), nicht folgt, daß er für jene nur unwesentlich, noch weniger, daß auch bezüglich der Klagethatsachen das mündliche Vorbringen allein maßgebend sei; vgl. § 300 Anm. 4.) Unrichtig ist die Behauptung jener Schriftsteller (namentlich Petersen's in Busch a. a. O. S. 392 ff.), daß der auf dem Gebiete des Privatrechts herausgebildete Begriff des Klagegrundes auf die prozessualischen Vorschriften über den Klagegrund nicht passe. Zwar sind die Vorschriften über den Inhalt der Klageschrift zunächst prozessualer Natur, und es ist die Möglichkeit zuzugeben, daß dieselben sich von den civilrechtlichen über den Klagegrund gänzlich entfernen; allein eine derartige Abweichung hat die CPO. offenbar nicht gewollt, indem sie in § 230 Nr. 2 in Anlehnung an die gemeinrechtliche Lehre und unter Verweisung der Mot. auf das „bürgerliche Recht" die bestimmte Angabe des „Grundes des erhobenen Anspruchs" fordert, und es ist daher

willkürlich, einen Unterschied zwischen prozessualischem und civilrechtlichem Klagegrund in die CPO. hineinzutragen. Die Entstehungsgeschichte der CPO., auf welche Petersen in Busch a. a. O. S. 414 ff. u. in Gruchot a. a. O. S. 683 ff. zurückgeht, spricht auch keineswegs dafür. Insbesondere ergiebt sich aus Norbd. Prot. S. 778, daß die Fassung des Redaktionsausschusses (Petersen in Busch a. a. O. S. 148 u. in Gruchot a. a. O. S. 673 ff.) nicht bloß als zu weitläufig, sondern auch als „nicht völlig korrekt" abgelehnt wurde. Die Bedenken, welche Petersen aus dem Grundsatze der Mündlichkeit herleitet, erledigen sich dadurch, daß eine Nachholung in der mündlichen Verhandlung nach § 240 keineswegs unbedingt ausgeschlossen ist (vgl. § 240 Anm. 2; s. auch Petersen in Busch a. a. O. S. 425 Anm. 40). Ein Gegensatz von „Klagegrund" und „Klagefakta" (wie Förster (Eccius) I S. 277 annimmt) ist hier durchaus nicht zu erkennen. Im Gegentheil ergiebt auch § 245 (vgl. auch § 576, wo von Thatsachen die Rede ist, welche als selbständiger Klagegrund geltend gemacht werden können), daß die CPO. als Aufgabe der Klageschrift die Bezeichnung der Klagethatsachen ansieht (vgl. namentlich Dernburg I S. 280). Ebensowenig ist Seuffert (vgl. auch Petersen in Gruchot a. a. O. S. 670) darin beizutreten, daß in §§ 137 und 240 der Ausdruck „Klagegrund" nicht die „Klagethatsachen" bezeichnen könne. Denn ein und derselbe Anspruch kann sich sehr wohl auf verschiedene „Klagethatsachen" gründen, und in § 240 liegt der Gegensatz gegen „Aenderung des Klagegrundes" in der „Ergänzung und Berichtigung", nicht in den „thatsächlichen Anführungen"; daselbst werden also Klagethatsachen und andere (zu ergänzende und zu berichtigende) Thatsachen unterstellt. Die Analogie des Mahnverfahrens (§ 630 Nr. 3) aber und des Konkursverfahrens (KO. §§ 127 u. 134 nebst Mot. dazu), welche Fitting besonders heranzieht, beweist nur, daß eine knappe Angabe der wesentlichen Thatsachen bei obligatorischen Verhältnissen genügt. Gegen die Nothwendigkeit der Angabe des Erwerbsgrundes bei dinglichen Klagen, welche hauptsächlich den praktischen Gegenstand des Streits bildet, spricht sie aber deßhalb nicht, weil weder im Mahn- noch im Konkursverfahren dingliche Ansprüche geltend gemacht werden können, bei denen die Angabe des Erwerbsgrundes in Frage kommt.]

Der Klagegrund schließt auch die sog. legitimatio ad causam activa et passiva (fundamentum agendi intermedium) in sich; die Auffassung der älteren gemeinrechtlichen Doktrin sowie des älteren preußischen Rechts (AGO. I 5 § 4 Nr. 6, I 10 § 81 a), wonach diese Legitimation gleich einer legitimatio ad processum behandelt wurde, ist im Einklange mit der gesammten neueren Prozeßwissenschaft verworfen (vgl. RG. XI S. 391, Wetzell S. 155, 156, Bolgiano S. 126 ff.; Dernburg I S. 283 Anm. 19; Preuß. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 5, Hann. PO. § 184 Nr. 1, Hann. Prot. V S. 1433—1448). Thatsachen dagegen, welche für die Begründung an sich unwesentlich sind und nur den Betrag, die Fälligkeit und andere Nebenpunkte des Inhalts betreffen, gehören nicht unter den Klagegrund.

Der Klagegrund ist von besonderer Wichtigkeit mit Rücksicht auf die Rechtshängigkeit. (§§ 235 ff.), die Rechtskraft (§ 293) und die Erlassung eines Versäumnißurtheils (§ 296; vgl. unten Anm. 8). Ueber Aenderung des Klagegrundes vgl. §§ 235, 240—242.

Die Angabe der Rechtssätze (fundamentum agendi remotum), auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, ist nicht erforderlich, noch weniger die Bezeichnung der Klage mit dem juristischen Kunstausdruck; dagegen muß die Beziehung der Klagethatsachen auf einen Rechtsgrund, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, hervortreten (RG. XI S. 243, Gaupp II S. 5, 6, Brinkmann a. a. O. I S. 199, Kroll a. a. O. S. 68).

Ist der Klagegrund nicht bestimmt angegeben, so erfolgt die Abweisung der Klage, und zwar nicht bloß „angebrachtermaßen" (vgl. Anm. 8, §§ 130 Anm. 3, 295 Anm. 3).

Wegen Zulässigkeit der Klage vor Eintritt der Fälligkeit des Anspruchs bzw. ohne vorausgegangene Rechtsverletzung vgl. § 89 Anm. 1, §§ 136, 137 Anm. 2 Abs. 2 a. E.; § 231 Anm. 6; s. auch § 239 Anm. 3.

5) Ob bei dinglichen Klagen die Angabe des speziellen Erwerbsgrundes (causa

expressa) erforderlich sei, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Da aber eine bestimmte Angabe des Grundes des Anspruchs verlangt wird und hierzu eine bloße Bezeichnung des dinglichen Rechts ohne Hervorhebung der Thatsachen, auf welche dasselbe gestützt wird (vgl. auch § 121 Nr. 3 u. 5 in Verbindung mit §§ 336, 338, 368, 410), in der Regel nicht genügt (eine Ausnahme kann eintreten, wenn das dingliche Recht, z. B. bei einer Negatorienklage das Eigenthum, nach dem Klagevortrage überhaupt nicht bestritten ist und der Kläger erwarten darf, daß dies auch im Prozesse nicht geschehen werde — s. § 261 Anm. 1, 2 — unser Prinzip wird hierdurch nicht alterirt, wie Petersen in Busch a. a. O. S. 423 Anm. 38 behauptet), auch nach Vorschrift des § 296 („thatsächliches mündliches Vorbringen") ohne Angabe des Erwerbsgrundes ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden kann, so wird der spezielle Erwerbsgrund regelmäßig in der Klageschrift anzuführen sein. Derselbe giebt zwar dem dinglichen Recht keinen besonderen rechtlichen Charakter, ist aber zur Begründung desselben ebenso nothwendig, wie die Behauptung einer bestimmten Forderung zur Begründung einer persönlichen Klage; die bloße Behauptung des Eigenthums, einer Servitut u. s. w. ist nichts weiter als die Behauptung eines abstrakten Rechtsbegriffs (wenngleich in konkreter Beziehung), also ein Urtheil, welches vom Richter auf seine Schlüssigkeit gar nicht geprüft werden kann — nicht, wie Petersen a. a. O. S. 416 Anm. 33 meint, einer thatsächlichen Voraussetzung. Mit Recht aber bemerkt Gaupp II S. 5, daß sich die Nothwendigkeit der Angabe nicht auf solche Thatsachen beziehe, welche nicht unmittelbar die Grundlage des erhobenen Anspruchs bilden, sondern nur zur Begründung eines andern Rechts dienen, welches die Voraussetzung des streitigen Anspruchs bildet, wie das Eigenthum am herrschenden Grundstück in Bezug auf die Servitutenklage. [Ebenso RG. X S. 434, XI S. 242 u. in D. J. Ztg. 1884 S. 655, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 144, OLG. Jena das. 41 Nr. 65, Puchelt II S. 5 Anm. 6 und (im Wesentlichen) Wilm. Levy Anm. 5, Hellmann II S. 5 ff. u. Lehrb. S. 391 ff., Westerburg, Beitr. z. Lehre vom Urtheil S. 22, Freudenstein, Rechtskraft S. 131, 135 ff., Francke in Bödiker, Mag. II S. 205 ff., Schultze a. a. O. S. 9 ff., Brinkmann a. a. O. I S. 171 ff., Kroll a. a. O. S. 70 ff. A. M.: Siebenhaar S. 241 ff., Wach a. a. O. S. 22 Anm. *, welche aus § 230 Nr. 2 den entgegengesetzten Grundsatz folgern, Petersen in Busch a. a. O. S. 412 ff. u. in Gruchot a. a. O. S. 659, 680 ff., 693, Förster (Eccius) I S. 277, 278, Fitting in Busch a. a. O. S. 78 ff., Seuffert Anm. 3 IV, Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 39 ff. in Konsequenz ihrer in Anm. 4 erwähnten Auffassung des „Klagegrundes", Fuchs in Gruchot, Beitr. XXIX S. 635 ff., welcher den untergeordneten Zweck der Prozeßgründung — im Gegensatz zu dem der Prozeßerledigung — in den Vordergrund stellt, Sarwey I S. 337 ff. u. Kleiner II S. 6, welche die Frage auch jetzt noch lediglich nach bürgerlichem Rechte beurtheilen wollen.]

[Vgl. über diese in neuerer Zeit überwiegend im vorstehenden Sinne (s. jedoch Hann. PO. § 185) entschiedene Streitfrage nach gemeinem u. preuß. Recht u. A. v. Savigny, System d. RR. VI S. 465 ff., 514, 533, Puchta, Rhein. Mus. II S. 267, III S. 467 ff., Wetzell S. 154, 585 ff., 958, Hinschius im civ. Arch. 47 S. 101; Renaud S. 228; Windscheid, Pand. I § 128 Anm. 6; Förster (Eccius) a. a. O., Dernburg I S. 280, Hann. Prot. V S. 1439—1448.]

Ist der spezielle Erwerbsgrund angeführt, so steht einer späteren, auf einen anderen Erwerbsgrund gestützten Klage die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache nicht entgegen (vgl. auch § 240 Anm. 3, Dernburg I S. 312 ff., Freudenstein a. a. O. S. 137, 138, Francke a. a. O. S. 207. A. M.: Förster (Eccius) I S. 332, Wach, Vortr. S. 23, Fuchs a. a. O. S. 646).

6) Der Antrag (Klagebitte, Sachbitte, petitum) muß von der Angabe des Gegenstandes und des Klagegrundes gesondert und sowohl in Bezug auf die Hauptsache als in Bezug auf etwaige Nebenpunkte bestimmt sein. Ein Mangel hinsichtlich eines Nebenpunktes hat aber auf die Klage in der Hauptsache keinen Einfluß (Nordd. Prot. S. 529, 530). Bestimmt ist der Antrag nur, wenn er deutlich ersehen läßt, was der Kläger quantitativ und qualitativ fordert (so auch RG. X S. 355 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 143). Bei Feststellungsklagen muß aus dem

Antrage hervorgehen, daß die Feststellung des bestimmt zu bezeichnenden Rechtsverhältnisses, welches den Gegenstand der Klage bildet, verlangt werde (RG. XII S. 388). Dem Erfordernisse der Bestimmtheit widerspricht nicht die Verbindung eines eventuellen Antrags mit einem prinzipalen (bei der Widerklage genügt auch der eventuelle Antrag allein — vgl. § 33 Anm. 3 a. E. A. M. A. Förster Anm. 3e, S. 386) oder der Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zu einer alternativen Leistung nach dessen Wahl (Seuffert Anm. 3 V, Wetzell S. 839 u. A.). Auch Anträge, in welchen der Kläger sich das Wahlrecht vorbehält, sind zulässig (RG. X S. 356, Windscheid, Pand. II § 255 Anm. 10, Hellmann, Lehrb. S. 392, A. Förster a. a. O., Gaupp II S. 7, Kroll a. a. O. S. 80, Wilm. Levy Anm. 6, jetzt auch Seuffert a. a. O. A. M. Kleiner II S. 8).

Das Maß der Entschädigung usw. darf auch bei Schadens-, Alimenten- und ähnlichen Ansprüchen nicht lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen werden (Mot. S. 210, Nordd. Prot. S. 648 ff., RG. III S. 168, Kroll a. a. O. S. 79, Gaupp II S. 7, Wilm. Levy a. a. O.), noch dem Gutachten von Sachverständigen (Seuffert a. a. O., Sarwey I S. 336. A. M.: Uebel in Busch, Zeitschr. VI S. 157 ff., Hellmann, Lehrb. S. 362, RG. X S. 175); dagegen kann sich in derartigen Entschädigungsprozessen (nicht aber bei Klagen, die auf eine vertragsmäßige Leistung gerichtet sind — RG. XIII S. 437) der Antrag auf Feststellung der Verpflichtung beschränken und die Liquidation des Betrags einem späteren Verfahren überlassen. (So auch RG. III S. 168, X S. 353, 411, 418, 422, 435, XII S. 388, Rocholl in Busch, Zeitschr. VIII S. 355, 404. A. M.: OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 37 Nr. 181 u. anscheinend auch Seuffert a. a. O.) Vgl. § 276 Anm. 3. Jedenfalls ist dies zulässig, wenn die Verurtheilung zum Schadensersatz nur akzessorisch beantragt wird (RG. XII S. 353).

Ueber die Folgen eines unbestimmten (dunkeln) Antrags s. Struckmann in Busch, Zeitschr. III S. 239 ff.

Eine Zuerkennung von Amtswegen findet nicht statt (vgl. § 279); andererseits ist eine Formulirung der künftigen Urtheilsformel (§ 284 Nr. 5) in dem Antrage nicht erforderlich.

Der Inhalt der Nr. 2 findet auch auf die in der mündlichen Verhandlung erhobenen Ansprüche (Widerklage usw.) entsprechende Anwendung (vgl. §§ 251 Anm. 2, 253 Anm. 2, Förster (Eccius) I § 50 Anm. 9, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 18 ff., 131).

7) Nr. 3: Zu der Ladung gehört nach § 193 auch das Erforderniß der vorhergehenden Terminsbestimmung und die Mittheilung des Termins an den Beklagten. Die Zustellung einer Klageschrift, welche diese Mittheilung (in der übergebenen Klageabschrift) nicht enthält, ist keine Erhebung der Klage (vgl. RG. XIII S. 334, OLG. Celle in Seuffert, Arch. 40 Nr. 62). Das mündliche Vorbringen vermag im landgerichtlichen Verfahren diesen Mangel nicht zu heilen, weil es in diesem Verfahren eine Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag nicht giebt (RG. IX S. 388. A. M. Reuling in Jur. Wochenschr. 1883 S. 57 ff.; vgl. unten Anm. 8 u. § 193 Anm. 5). Die Klage ist daher angebrachtermaßen abzuweisen; ein Vertagungsantrag des Klägers darf gegen den Willen des Beklagten nicht berücksichtigt werden. Nur dann gilt der Mangel nach § 267 als gehoben, wenn Beklagter im Termin erscheint und ohne Rüge zur Sache verhandelt (RG. XIII S. 334. A. M. Reuling a. a. O.).

Außer den im Abs. 2 des § 230 aufgezählten Erfordernissen gehört nach § 192 in Anwaltsprozessen auch die Aufforderung an den Gegner, einen Anwalt zu bestellen, zu den wesentlichen Erfordernissen der Klageschrift.

8) Fehlt es der Klageschrift an einem der wesentlichen Bestandtheile, so können, wie die Mot. hervorheben, die Wirkungen, welche das Gesetz an die Erhebung der Klage knüpft (§§ 235, 239), nicht eintreten; auch kann gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden (§ 296 Abs. 2) und ebensowenig gegen den erschienenen eine Verurtheilung erfolgen, sondern die Klage ist in angebrachter Art abzuweisen, sofern nicht in letzterem Falle das Mangelnde — eine Wiederholung des schon in dem früheren Schriftsatz Enthaltenen würde

§ 231. Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit

---

eine unnöthige Formalität sein, welche aus der Einheitlichkeit der Klageschrift nicht zu folgern ist (ebenso Petersen § 230 Nr. III, Reuling a. a. O. S. 59 u. theilweise Gaupp II S. 3; vgl. auch Nordd. Prot. S. 530. A. M.: Seuffert Anm. 5a, A. Förster Anm. 4a, Wilm.-Levy Anm. 2 u. ein von Faul mitgetheiltes Urth. in Busch, Zeitschr. VIII S. 507 ff.) — in zulässiger Weise durch einen nachträglichen Schriftsatz oder bei der mündlichen Verhandlung nachgeholt ist (§§ 240, 241). Ist dies durch einen nachträglichen Schriftsatz geschehen, so ist die Klage erst mit der Zustellung dieses Schriftsatzes, ist es in der mündlichen Verhandlung erfolgt, so ist sie erst in der mündlichen Verhandlung als erhoben anzusehen (§ 254). Verzichtet aber in der mündlichen Verhandlung der Beklagte (ausdrücklich oder nach § 267 stillschweigend) auf die Geltendmachung des Mangels, so muß, da in Folge des Verzichts der Mangel als nicht vorhanden gilt, die Klage schon mit Zustellung der Klageschrift als erhoben angesehen werden. (So auch RG. XIII S. 336 ff., Petersen § 230 II 5, in Busch, Zeitschr. III S. 425 Anm. 40 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 756 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp II S. 3 u. 6 u. Hellmann, Lehrb. S. 420, welche auch in letzterem Falle unter Berufung auf den Wortlaut des § 254 die mündliche Verhandlung als den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ansehen. Jede Nachholung des Mangels verwerfen Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 276 Anm. 29 u. Seuffert Anm. 5 a. E., Letzterer jedoch mit Ausnahme des Verstoßes gegen § 192.) Die Anberaumung des Termins darf in keinem Falle versagt werden (s. §§ 193 Anm. 3, 233 Anm. 1).

Irrig ist die Ansicht Hellmann's a. a. O. (vgl. auch Eccius in Gruchot, Beitr. XXIX S. 6, 7 Anm. 10), daß der Beklagte in derartigen Fällen nicht Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten verlangen könne. Denn wenngleich bei mangelhafter Klageschrift die Klagerhebung im Sinne des § 230 nicht stattfindet, so entsteht doch ein Rechtsstreit zwischen den Parteien, in welchem der Kläger unterliegt, und § 87 leidet daher Anwendung. Die gegnerische Ansicht führt zu dem Ergebniß, daß gerade in Fällen, in denen der Kläger unzweifelhaft sich im Unrecht befindet, der Beklagte in Schaden geräth. Vgl. auch § 54 Anm. 1.

9) Der vorbereitende Charakter der Klageschrift drückt sich dadurch aus, daß auf dieselbe nach Abs. 4 die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 121 bis 124) Anwendung finden. Namentlich tritt auch Beweisverbindung nach § 121 Anm. 4 ein, und zwar als Regel, nicht bloß hinsichtlich der im Besitze des Klägers befindlichen Urkunden, sondern auch hinsichtlich anderer Beweismittel, sofern der Kläger voraussieht, daß der Beklagte die Thatsachen, worauf sie sich beziehen, leugnen werde (so auch Gaupp II S. 8).

Eine besondere Bestimmung instruktioneller Natur enthält außerdem noch der Abs. 3 hinsichtlich der Werthsangabe (vgl. §§ 4, 516, GKG. § 14).

10) Die Unterschrift des Anwalts ist als wesentlicher Bestandtheil der Klageschrift nicht ausdrücklich hervorgehoben, vielmehr nur unter den instruktionellen Bestimmungen des § 121 in Nr. 6 aufgeführt. Trotzdem betrachten die Mot. die essentielle Bedeutung dieser Unterschrift mit Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des § 74 Abs. 1 („müssen sich vertreten lassen"), welche die Vertretung einer Partei durch einen Anwalt nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern auch in dem prozessualischen Verkehr der Parteien außerhalb derselben umfaßt, mit Recht als selbstverständlich. (Vgl. § 121 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 7, Seuffert § 121 Anm. 8, Gaupp II S. 7, Endemann II S. 10, Wach, Vortr. S. 61 ff. u. A. A. M. (jedoch in den Gründen unter einander abweichend): Puchelt II S. 4 Anm. 4, Petersen § 230 III, S. 381, Hellmann II S. 10 u. Lehrb. S. 394, Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 425 ff.)

11) Eine Klagerhebung in Gemäßheit des § 230 ist auch bei der Berufung auf den Rechtsweg gegen nichtrichterliche Entscheidungen, z. B. der Gewerbe- und Gemeindegerichte, erforderlich (vgl. GVG. §§ 13 Anm. 3, 14 Anm. 4; Preuß. AG. z. CPO. v. 24. März 1879 § 2, Gaupp II S. 8 Nr. VIII).

derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

N. Entw. § 195. Entw. I. § 210. Entw. II. § 218. Entw. III. 223. Mot. S. 182—185. Prot. S. 78.

---

§ 231.

1) Die Bestimmungen des § 231 gehören zwar eigentlich dem bürgerlichen Rechte an, haben aber doch aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsgründen nach dem Vorbilde des PE. § 218 und des N. E. § 195 in der CPO. Aufnahme gefunden. [Vgl. Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 315, Windscheid, Pand. I § 45 Nr. 3, Hann. Prot. V S. 1461—1467, Nordd. Prot. S. 523—526.]

Die reichhaltige ältere Literatur s. bei Siebenhaar S. 248 Anm. * und bei Windscheid a. a. O. Anm. 8. Außerdem vgl. Mandry S. 269 ff., Förster (Eccius) I § 48 Nr. 10, S. 256 ff., Degenkolb: Einlassungszwang und Urtheilsnorm. Leipzig 1877. S. 129 ff. und die Kritiken dieser Schrift von Bekker in Krit. Vierteljahrschr. XX S. 321 ff. und von Heyßler in Grünhut, Zeitschr. V S. 607 ff.; Weismann: Die Feststellungsklage. Bonn 1879 u. die Kritiken dieser Schrift von Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 379 ff. u. von Leonhard in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXV S. 438 ff.; Plósz: Beiträge z. Theorie des Klagrechts S. 159 ff., Bähr: Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München 1883. S. 143 ff., Kroll: Klage und Einrede S. 54 ff., Rocholl: Die Feststellungsklage im heutigen Klagensystem in Busch, Zeitschr. VIII S. 329 ff. (auch als bes. Abdruck in: Rechtsfälle II S. 101 ff.), Wendt: Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage, im civ. Arch. 70 S. 1 ff., Hellmann, Lehrb. S. 373 ff., Wach I S. 13 ff., bes. S. 16 Anm. 13.

2) Der § 231 handelt von zweierlei Klagen, den Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen (actiones praejudiciales, Anerkennungsklagen im engeren Sinne), deren Zulässigkeit im gemeinen und preußischen Recht in Theorie und Praxis sehr bestritten war, in neuerer Zeit aber immer mehr und mehr angenommen wurde (vgl. Seuffert, Arch. 3 Nr. 105, 304—306; 13 Nr. 19; 14 Nr. 5, 145, 223; 20 Nr. 7; 21 Nr. 92, 270; 22 Nr. 3, 4; 25 Nr. 4, 5, 256; 31 Nr. 153, 175; ROHG. 5 S. 88, 288; 9 S. 33; 16 S. 127; 18 S. 60; 23 S. 197; Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 32, Rocholl a. a. O. S. 358 ff., so auch Sächs. BGB. § 147), und den Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden. Bei beiderlei Klagen liegt die Eigenthümlichkeit darin, daß auf bloße Feststellung eines Rechtsverhältnisses bzw. der Echtheit einer Urkunde geklagt wird, ohne daß zugleich sachliche Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse bzw. der Urkunde geltend gemacht werden. Die Feststellungsklage begehrt eben nur die Feststellung, nicht sachliche Leistung. Auch dies ist ein „Anspruch" (vgl. § 293, Rocholl a. a. O. S. 355). Es ergeht also keine (eigentliche) Verurtheilung, sondern ein Urtheil, welches künftig die Grundlage einer Verurtheilung bilden kann (vgl. Weismann a. a. O. S. 116, 117, 124 ff.; Grenzfälle s. das. S. 136 ff.). Die Feststellungsklage ist entweder positiv oder negativ, je nachdem sie bezweckt, ein Rechtsverhältniß oder eine Urkunde als rechtswirksam oder als nicht bestehend (z. B. nach Analogie des § 72 — vgl. RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 373) feststellen zu lassen. Sie kann als selbständige Klage erhoben werden, und hiervon handelt § 231, oder als Inzidentklage. Von der letzteren Anwendung handelt § 253. (Vgl. auch Dernburg I S. 148 Anm. 8, 274 Anm. 9, 277 ff.) Keine eigentliche Feststellungsklagen sind die Klagen nach KO. §§ 134, 140 [s. Schultze: Das D. Konkursrecht S. 54 ff., Weismann a. a. O. S. 142 ff., Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 39, Kroll a. a. O. S. 57 Anm. 20, Rocholl a. a. O. S. 343 ff., 405 ff., welcher für sie und andere Klagen, in welchen es sich um die Lösung einer Kollision zwischen kollidirenden Gläubigern handelt (vgl. z. B. CPO. §§ 72, 690, 764), den etwas dunkeln Ausdruck „Konfliktsklagen" gebraucht. A. M. Wendt a. a. O. S. 36] und die Klage zwischen mehreren Forderungsprätendenten über die bessere Berechtigung (vgl. § 72 Anm. 2 a. E. A. M. in letzterer Hinsicht Seuffert Anm. 3 b). Der Unterschied, welchen Degenkolb a. a. O. S. 132 ff., 168 ff. zwischen Anerkennungs- und Feststel-

lungsklagen hinstellt, hat keine praktische Bedeutung und, wie er selbst anerkennt, in der CPO. keine Grundlage. Der erstere Ausdruck ist aber vorzuziehen (Wach I S. 16 Anm. 13).

3) Bei den Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen ist Voraussetzung, daß das Rechtsverhältniß unter die vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Rechtsstreitigkeiten fällt (vgl. § 3 d. EG. z. CPO., RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 180), dagegen gleichgültig, ob dasselbe ein dingliches oder obligatorisches (vgl. § 29, auch §§ 8, 9) ist, ob es dem Familienrecht (vgl. z. B. RG. II S. 147, V S. 173) oder dem Vermögensrecht angehört. Auch für den Besitz ist eine Präjudizialklage zulässig (vgl. Mot. S. 184, Bruns: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts S. 1 bis 7, Windscheid, Pand. I § 37 und fast alle Kommentatoren. A. M. Siebenhaar S. 250 Anm. **); ebenso für das Urheberrecht als Grundlage der Klagen wegen Nachdrucks (Dernburg II § 274 S. 889), auf Anerkennung der Nichtmitgliedschaft einer Genossenschaft gegen den Vorstand der letzteren (RG. VIII S. 3), auf Feststellung der Kündbarkeit eines Kapitals (ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 174), auf Verpflichtung oder Nichtverpflichtung zum Ersatz eines etwaigen künftigen Schadens (RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 202 u. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 435). Klagen auf Leistung von Schadensersatz sind dagegen keine Feststellungsklagen (RG. X S. 413). Auf Feststellung bloßer Erwerbsgründe von dinglichen Rechten oder bloßer Thatsachen, wie die Vollziehung des Beischlafs, kann nicht geklagt werden (so auch RG. bei Bähr: Urth. S. 143, 159, Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 406, dessen Folgerungen freilich nicht zugegeben werden können, und das von ihm angef. reichsgerichtliche Urtheil), ebensowenig auf Entscheidung allgemeiner Rechtsfragen (RG. VI S. 385, 397 u. hierzu Bähr a. a. O. S. 160 ff.). Die Bestimmung des P. E., daß diese Klage auch bei noch nicht fälligen oder bei bedingten Forderungen stattfinde, ist als selbstverständlich nicht aufgenommen. (Vgl. Mot., Seuffert Anm. 3d, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 29 a. E. sowie Herzog in Böhiker, Mag. III S. 320 ff. u. RG. das. S. 342.) Dagegen ist die Feststellungsklage nicht zulässig, wenn der Eintritt der festzustellenden Verpflichtung durch mancherlei künftige, zur Zeit nicht absehbare Umstände in Frage gestellt werden kann (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 94).

Der Antrag kann auf positive Anerkennung (Bestehen) oder negatorisch (Nichtbestehen) lauten (vgl. § 29).

Uebrigens wird vorausgesetzt, daß eine Berechtigung oder Rechtspflicht des Klägers gegenüber dem Beklagten den Gegenstand der Entscheidung bildet; das bloße Interesse ist nicht genügender Klagegrund. (Ein einfacher Gläubiger des Verpfänders kann z. B. nicht gegen dessen Pfandgläubiger wegen Feststellung des Pfandrechts klagen.) Der Klagegrund ist vielmehr in ganz ähnlicher Weise wie bei der Erfüllungsklage (neben dem Erforderniß des Beweises — Anm. 5) durch Anführung der Klagethatsachen darzulegen. Das Rechtsverhältniß muß unter den Parteien bestehen; das Feststellungsurtheil muß die Grundlage einer Verurtheilung des einen oder anderen streitenden Theils bilden können (vgl. § 72 Anm. 1 a. E.). Diese Voraussetzung der künftigen Verurtheilung wird durch den Feststellungsprozeß antizipirt. Hierfür spricht die Aeußerung der Mot.:

> „In vielen Fällen ist es ein dringendes, ja unabweisliches Bedürfniß, den Bestand eines Rechtsverhältnisses festzustellen, bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, indem nur auf Grund einer solchen Feststellung die Betheiligten ihre Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste bestimmen können,"

in Verbindung mit der ganzen historischen Entwickelung, welche zur Einführung der Anerkennungsklagen nur in diesem engeren Sinne gedrängt hat, und das Gegentheil kann auch nicht aus der etwas allgemeinen Fassung des Gesetzestextes geschlossen werden. (So auch RG. VII S. 419, X S. 370, Hellmann, Lehrb. S. 378, 379, Weismann a. a. O. S. 153 ff., 160, Sarwey I S. 341, Wilm. Levy Anm. 1, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 66 u. A. A. M.: Endemann II S. 13 Anm. 11 u. jetzt auch Seuffert Anm. 3b, welcher mit Unrecht meint, daß nach der hier verfochtenen Ansicht alle absoluten Rechtsverhältnisse von der Feststellungsklage ausgeschlossen sein würden, da eine bloße Bestreitung eines solchen Rechtsverhältnisses nicht die kondemnatorische

Klage begründet, wohl aber ein Rechtsverhältniß zwischen dem Prätendenten und dem Bestreitenden herstellt und folglich Anlaß zur Feststellungsklage giebt.)

In Folge der allgemeinen, auf das ganze privatrechtliche Gebiet sich erstreckenden Zulässigkeit dieser Anerkennungsklagen werden, wie auch die Mot. hervorheben, die Provokationsklagen des gemeinen Rechts ex lege Diffamari und ex lege Si contendat überflüssig, und die CPO. hat demgemäß den ganzen Provokationsprozeß mit alleiniger Ausnahme des im neunten Buche (§§ 823—852) geregelten Aufgebotsverfahrens wider unbestimmte Gegner ungeregelt gelassen und damit beseitigt. [Degenkolb a. a. O. S. 221 ff. bezweifelt dies, weil er mit Unrecht die Provokationsklagen als einen materiellen Sicherungsanspruch, nicht als eine besondere Prozeßart ansieht; desgl. auch Brinkmann a. a. O. S. 561, Wendt a. a. O. S. 32. Uebereinstimmend dagegen Bolgiano S. 100, Gaupp II S. 12, Förster (Eccius) I § 58 Anm. 2, Mandry S. 267, RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 297, OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 100, Seuffert Anm. 4g, welcher freilich die prov. ex lege Si contendat durch die negative Feststellungsklage nicht für ersetzt erachtet, u. A.]

Wegen der Bestimmtheit des Gegenstandes und Antrags vgl. § 230 Anm. 4, 6.

4) Bei den Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden, wonach gewissermaßen ein Zwischenstreit über diesen Gegenstand vorweggenommen wird (jedoch mit formeller Rechtskraft des Urtheils), kommt es nicht darauf an, ob die Urkunde eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist — vgl. §§ 402—408 (Code de proc. art. 193 ff., Bayer. PO. Art. 519 ff. und P. E. § 224 kennen die Klage nur für die letztere), und ob dieselbe nur die Bedeutung eines Beweismittels für ein als bestehend behauptetes oder verneintes Rechtsverhältniß hat oder als Trägerin des Rechtsverhältnisses selbst erscheint. (A. M. gegen den Wortlaut der Mot. und fast alle Schriftsteller [z. B. Seuffert Anm. 5a] ist Bähr: Urth. S. 159, welcher die Klage nur in letzterem Falle zulassen will.)

Durch diese Klagen ist das gemeinrechtliche, dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse bei Zeugen nachgebildete Exemplifikationsverfahren bei Urkunden (vgl. Renaud S. 350, 351), wenn auch nicht abgeschafft (da es nicht eigentlich dem Prozeßrechte angehört; vgl. auch Preuß. AGO. II 3 § 29, III 7 § 81, Nordd. Prot. S. 691), doch großentheils überflüssig geworden. Ebenso ist mit demselben die Inzidentfälschungsklage (procédure en faux incident civil) des französisch-rheinischen Rechts (Code de proc. art. 214 ff.) in Wegfall gekommen.

5) Gemeinsame Voraussetzung für beiderlei Arten von Klagen bildet ein rechtliches Interesse des Klägers, daß das Rechtsverhältniß bzw. die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald (d. h. ehe die Klage auf die Einzelleistung u. s. w. zulässig ist) festgestellt werde. (Vgl. auch Kurhess. Ges. v. 28. Okt. 1863 § 33 u. Sächs. BGB. § 147.) Ein solches Interesse liegt vor, wenn die Unsicherheit geeignet ist, den Kläger der Gefahr von Verlusten oder unnöthigen Ausgaben auszusetzen. (Vgl. z. B. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 491 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 283, RG. IV S. 373 — mit Unrecht von Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 79 ff. beanstandet, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 174. A. M. Rocholl a. a. O. S. 382 ff., welcher den Fall, für welchen gerade vorzugsweise ein Bedürfniß der Feststellungsklage vorliegt, ausschließen will und überhaupt den Begriff des rechtlichen Interesse viel zu sehr einschränkt. Vgl. auch RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 114, 115, III S. 133. Eine Analyse der einzelnen hierher gehörigen Fälle s. bei Siebenhaar S. 249 ff., Degenkolb a. a. O. S. 168 ff., 197 ff. Vgl. auch Weismann a. a. O. S. 157 ff., Wernz in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht III S. 337, welcher ein rechtliches Interesse annimmt, wo die Feststellung eines Rechtsverhältnisses das Mittel ist, die spätere Geltendmachung von Rechten oder den vollen unverkümmerten Gebrauch derselben zu sichern, Petersen § 231 II 2, Endemann II S. 15, Hellmann, Lehrb. S. 376 ff.)

Das Interesse braucht nicht nothwendig ein privatrechtliches zu sein. (So auch Hellmann II S. 14, Fitting § 43 S. 141, Schultze a. a. O. S. 141 ff., Wilm. Levy Anm. 5, Mandry

S. 272 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 3c, Degenkolb a. a. O. S. 55 ff., 136 ff., Weismann a. a. O. S. 155.) Vgl. auch §§ 63 Anm. 2, 271 Anm. 2. Ungenügend ist ein bloßes ökonomisches Interesse (RG. X S. 368).

Das Interesse darf nicht vor der Klagzustellung befriedigt (Rocholl a. a. O. S. 402), ja es muß zur Zeit des Urtheils noch vorhanden sein (Weismann a. a. O. S. 162, Herzog a. a. O. S. 327. A. M. die dort angeführten Urtheile d. OLG. Jena). Dagegen kann andererseits auch das Interesse an der Feststellung eines hypothetischen Rechtsverhältnisses in Betracht kommen (A. M. Rocholl S. 385 ff.); jedenfalls kann eine Entschädigungspflicht im Falle eines zwar noch nicht eingetretenen, aber nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwartenden Vermögensschadens festgestellt werden (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 2).

Ein rechtliches Interesse besteht, wie aus dem Worte „alsbald" und namentlich aus dem Zwecke und aus der Entstehungsgeschichte des Instituts hervorgeht, nicht, wenn der Kläger in der Lage ist, den weitergehenden Anspruch auf die Leistung selbst geltend zu machen, oder wenn das fragliche Rechtsverhältniß schon Gegenstand einer Replik des Feststellungsklägers im Erfüllungsprozesse geworden ist (OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 39 Nr. 285). Insofern hat die Feststellungsklage einen subsidiären Charakter [Seuffert Anm. 3c u. 4b, v. Bülow Anm. 6, Vierhaus a. a. O. S. 81 ff., 154, Dernburg I S. 278, Seuffert, Arch. 31 Nr. 304, 35 Nr. 175, RG. IV S. 437, V S. 393, XII S. 148, XIII S. 435, RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 282, in Gruchot, Beitr. XXIX S. 418, Förster (Thorn) in Busch, Zeitschr. VIII S. 140 ff., Kroll a. a. O. S. 59, Rocholl a. a. O. S. 369 u. A. A. M.: Gaupp II S. 12, Wilm. Levy Anm. 5, A. Förster Anm. 4b S. 392, Mandry S. 273 Anm. 24, Weismann a. a. O. S. 157 ff., Bähr, Urth. S. 167 ff.]. Jedenfalls hat der Kläger die Gründe darzulegen, auf welche er sein ihn zur Erhebung der Feststellung berechtigendes rechtliches Interesse glaubt stützen zu können (s. RG. IV S. 438, V S. 393, IX S. 340, Rocholl a. a. O. S. 372 ff.). Das Vorhandensein desselben ist in gleicher Weise wie überhaupt die rechtliche Begründung der Klage von Amtswegen zu prüfen (vgl. Seuffert, Arch. 40 Nr. 87 — OLG. Hamburg). Eine Prozeßvoraussetzung bildet dasselbe nicht (Rocholl a. a. O. S. 405, Hellmann, Lehrb. S. 376. A. M. Seuffert Anm. 3d, 4c, 10a, welcher mit Unrecht RG. X S. 421 für seine Ansicht anführt). Ueber das Vorhandensein hat der Richter nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden [vgl. L. Seuffert: Ueber richterliches Ermessen. Akad. Festrede. Gießen 1880 S. 12 und im Rechtslexikon I S. 817].

Eine Feststellungsklage kann mit einer Klage auf Erfüllung verbunden werden, wenn die Feststellung sich auf einen anderen (z. B. umfassenderen) Gegenstand bezieht als die Erfüllung (RG. X S. 350), nicht aber, wenn die Verurtheilung sich als einfache Konsequenz des festgestellten Rechtsverhältnisses ergiebt [in diesem Falle handelt es sich um eine gewöhnliche Erfüllungsklage — vgl. A. Förster S. 394; etwas weiter geht Wilm. Levy Anm. 6 Nr. 332; die Verbindung mit einer eventuellen Klage auf künftige Erfüllung gestattet Bähr, Urth. S. 156], oder wenn das festzustellende Rechtsverhältniß schon Gegenstand einer Replik des Feststellungsklägers bei der Klage auf Erfüllung ist (Seuffert, Arch. 39 Nr. 285 — OLG. Braunschweig, Rocholl a. a. O. S. 368, 379, 396).

6) Eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Feststellungsklage „ohne vorausgegangene Rechtsverletzung" Platz greife (vgl. z. B. P. E. § 224), hat die CPO. nicht aufgenommen, weil, wie die Mot. zu Entw. II u. III ausführen, das Gesetz, wenn es neben der Klage auf die dem Rechtsverhältnisse entsprechende Leistung eine Klage auf Feststellung einräume, damit anerkenne, daß aus dem Rechtsverhältnisse neben dem Anspruche auf Leistung ein weiterer selbständig verfolgbarer „Anspruch auf Feststellung" erwachse, dieser Anspruch aber, wie der Anspruch auf Leistung, verletzt werden könne, und nur, wenn er verletzt sei, Anlaß zur Erhebung der Klage auf Feststellung vorliege. [Gegen diese — von Rocholl a. a. O. S. 362 ff. vertheidigte — etwas künstliche Auffassung s. Windscheid a. a. O., Weismann a. a. O. S. 116, 124 ff.,

Förster (Eccius) I S. 259, Kroll a. a. O. S. 56 Anm. 9, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 1, Schollmeyer, Kompens. S. 44 Anm. 2, welche in der Feststellung mit Recht nur eine andere prozessualische Form der Geltendmachung erblicken; bedenklich ist die Ausführung Löning's in Busch, Zeitschr. IV S. 182 ff., welcher den Unterschied darin findet, daß es sich bei der Feststellungsklage um nicht exequirbare Ansprüche handelt (s. Anm. 10 u. § 230 Anm. 6) sowie Wendt's a. a. O. S. 23 ff., welcher die römische Präjudizialklage und die heutige Feststellungsklage für völlig gleichen Wesens hält. Vgl. auch Degenkolb a. a. O. S. 141 ff., 165, 173.]

Hat der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben, so kann die Klage zwar beim Vorhandensein des rechtlichen Interesse aus jenem Grunde nicht abgewiesen werden, aber es greift bezüglich der Prozeßkosten der allgemeine Grundsatz des § 89 Platz. [Vgl. Bähr, Urth. S. 155, RG. VII S. 398, Förster (Thorn) in Busch, Zeitschr. VIII S. 128 ff., Petersen a. a. O., Weismann S. 157, Plósz a. a. O. S. 159, Kroll a. a. O. S. 59; Preuß. AGO. I 28 § 4 Nr. 1, § 7; I 44 § 61, Striethorst, Arch. 22 S. 314, 74 S. 196.]

Regelmäßig wird ein rechtliches Interesse an der Feststellung nur vorliegen, wenn der Beklagte das Bestehen des Rechtsverhältnisses ganz oder theilweise bestritten bzw. behauptet hat (Seuffert Anm. 3c, Sarwey I S. 343, Hellmann II S. 13, Bolgiano S. 99, zu streng RG. VI S. 397; vgl. dagegen Bähr, Urth. S. 161). Ausnahmsweise läßt sich aber auch ohne diese Voraussetzung ein rechtliches Interesse denken, z. B. wenn der Kläger über das Dasein oder die Dauer eines Rechtsverhältnisses in Zweifel ist, der Beklagte aber auf ergangene Anfrage keine Antwort ertheilt. (Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 163 ff., 173 ff., Petersen a. a. O., Gaupp II S. 11, Mandry S. 274.) Das Bestreiten des Rechts begründet auch dann die Klage, wenn der Beklagte bei wiederkehrenden Lasten im einzelnen Falle unter Protest leistet (Seuffert, Arch. 38 Nr. 298 — ObLG. f. Bayern).

7) Ueber die Zuständigkeit bemerken die Mot.:

„Wenn hiernach der Anspruch auf Feststellung als ein aus dem Rechtsverhältnisse selbst originirender Anspruch aufzufassen ist, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß für die Klage auf Feststellung dasjenige Gericht zuständig sein muß, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden kann — und dieselbe Kompetenz ist für die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begründet."

Hiernach ist dasjenige Gericht sachlich und örtlich zuständig, vor welchem auf Leistung aus dem Rechtsverhältnisse geklagt werden kann, wobei selbstverständlich insoweit, als die Zuständigkeit vom Werthe des Streitgegenstandes abhängt (GVG. §§ 23 Nr. 1, 70 Abs. 1), für die Feststellungsklage der Werth des Rechtsverhältnisses, welcher regelmäßig höher sein wird, als der einzelner Leistungen (vgl. §§ 8, 9), nicht das Interesse an der Feststellung maßgebend ist. [Auch die Kammern für Handelssachen sind unter den übrigen Voraussetzungen des § 101 des GVG. zuständig (vgl. Seuffert Anm. 7, Kleiner II S. 22).] Ein Ausfluß dieses Satzes in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit findet sich in § 29 rücksichtlich der Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags. (So auch RG. XIII S. 386, Fitting S. 141 Anm. 13, Weismann a. a. O. S. 164, 165, v. Bülow Anm. 2. A. M. hinsichtlich aller Klagen: Sarwey I S. 344, Wilm. Levy Anm. 3, Petersen § 231 III S. 386, hinsichtlich der Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses und auf Feststellung der Unechtheit der Urkunde: Hellmann II S. 17 ff., Gaupp II S. 14, Seuffert Anm. 8, welche die Mot. für unzutreffend und — abgesehen von den Fällen der §§ 25 u. 29 — den allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten für maßgebend erklären.)

8) Selbstverständlich wird, wie auch die Mot. hervorheben, durch die Zulassung der Feststellungsklage eine Aenderung in der Beweislast rücksichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses bzw. der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde nicht herbeigeführt; hierüber entscheiden vielmehr die Grundsätze des bürgerlichen Rechts im einzelnen Falle. Beruht daher die negative Feststellungsklage auf der Verneinung der Entstehung des Rechtsverhältnisses, so hat der Beklagte letzteres zu erweisen; beruht sie auf der Behauptung von Einredethatsachen,

so liegt der Beweis dem Kläger ob. (So RG. IX S. 337, in Gruchot, Beitr. XXVI S. 839, XXVII S. 1061 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 297, Rocholl a. a. O. S. 378, 401, Weismann a. a. O. S. 104, Dernburg I S. 278, Seuffert Anm. 4d u. 6d u. A. Etwas unbestimmt RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 2, welches ausspricht, daß bei negativen Feststellungsklagen der Beklagte nicht schlechthin das vom Kläger abgeleugnete Rechtsverhältniß darzulegen und zu beweisen habe. A. M.: Gaupp II S. 15, Wendt a. a. O. S. 1 ff., welche die prozessuale Parteirolle entscheiden lassen.)

Gegen eine im Feststellungsprozesse geltend gemachte Forderung sind alle Einreden zulässig, so auch die der Kompensation (vgl. Bähr, Urth. S. 160, Schollmeyer, Kompens. S. 44, 45).

9) Da die Feststellung die Grundlage des aus dem Rechtsverhältnisse herzuleitenden Anspruchs bildet, so unterbricht die Klage auf Feststellung, welche die Antizipation jener Grundlage verlangt, also den gedachten Anspruch gewissermaßen stillschweigend einschließt, auch die Ersitzung und die Verjährung des Anspruchs aus dem Rechtsverhältnisse überhaupt. Vgl. auch KO. § 13. (Ebenso RG. VIII S. 74, Siebenhaar S. 252, Küntzel in Gruchot, Beitr. XXI S. 250, v. Bülow Anm. 5, Förster (Eccius) I § 57 S. 350, Kroll a. a. O. S. 208, Wilm. Levy Anm. 4. A. M. bezüglich der Verjährung: Bolgiano S. 100, Hellmann II S. 16; Andere, z. B. Petersen § 231 IV 4, Sarwey I S. 345, Mandry S. 275, Gaupp II S. 16, verweisen auf das bürgerliche Recht; s. Windscheid Pand. I § 108 Anm. 4.) Ist aber der Anspruch ein betagter oder bedingter, so kann die Verjährung der Klage auf Leistung gegen den Gläubiger erst vom Eintritt des Tages oder der Bedingung beginnen, auch wenn der Gläubiger vor dieser Zeit auf Anerkennung der bedingten oder betagten Forderung geklagt hat; denn für die Leistung ist erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Tages actio nata vorhanden. (Zustimmend Hellmann II S. 16, v. Bülow a. a. O., Kroll a. a. O. S. 61 u. A.)

10) Das auf die Feststellungsklage ergangene rechtskräftige Urtheil gewährt zwar dem Kläger keinen vollstreckbaren Schuldtitel auf irgend welche Leistung, da sachliche Leistungen überhaupt nicht den Gegenstand des Rechtstreits bilden. [Ebenso Petersen § 231 IV, 2, 3, Weismann a. a. O. S. 119 ff., Kohler a. a. O. S. 382, 383, Gaupp II S. 16, Förster (Thorn) in Busch, Zeitschr. VIII S. 145, 146, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 67, die bei Bähr a. a. O. S. 144, 146, 147 mitgetheilten Urth. d. RG.; über die möglichen verschiedenen Fälle s. auch Freudenstein, Rechtskraft S. 153 ff.; Bähr a. a. O. S. 156 ff. will auch eine betagte oder bedingte Verurtheilung gestatten; s. dagegen Förster (Thorn) a. a. O. S. 128 ff., bes. S. 133 ff., welcher mit Recht darauf hinweist, daß bei der Zulässigkeit einer solchen Klage die Klage auf Feststellung ihren Hauptzweck verlieren würde.] Dasselbe ist aber in einem etwaigen späteren über die Leistungen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien entstandenen Prozesse rücksichtlich der Frage über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses maßgebend (nicht in Bezug auf Einreden, welche sich lediglich auf die Verpflichtung zur Leistung beziehen), während es — abweichend von einem Urtheil in Statusprozessen — gegenüber Dritten niemals Rechtskraft erlangt. Das Gleiche gilt von einem zu Gunsten des Beklagten erlassenen Urtheil. (Ebenso Seuffert Anm. 10, Endemann II S. 16, 17, Weismann a. a. O. S. 121 ff., Petersen a. a. O., Rocholl a. a. O. S. 370 ff., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 87.) Daß dem Urtheil dabei Einreden, welche erst nach eingetretener Rechtskraft entstanden sind, entgegengesetzt werden können, versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst (vgl. Seuffert, Arch. 36 Nr. 29, Kroll a. a. O. S. 61).

Auch begründet die Erhebung der Feststellungsklage gegenüber der Klage auf Leistung und umgekehrt die Rechtshängigkeit (Weismann a. a. O. S. 163, Wilm. Levy Anm. 4, Löning a. a. O. S. 49. A. M. Plósz a. a. O. S. 172 Anm. 11). Indessen ist in der Klage auf Erfüllung die auf Feststellung nicht ohne Weiteres als ein minus enthalten (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 35, Förster (Thorn) a. a. O. S. 141. Vgl. jedoch Bähr, Urth. S. 154 ff.). Wegen der Umwandlung einer Feststellungs- in eine Erfüllungsklage s. § 240 Anm. 4.

§ 232. Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämmtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

N. Entw. § 198. Entw. I. § 211. Entw. II. § 219. Entw. III. § 224. Mot. S. 185, 186. Prot. S. 78

Die Urtheilsformel kann lauten: „Beklagter ist schuldig, anzuerkennen" oder auch: „Es wird festgestellt, daß" usw. (vgl. Kroll a. a. O. S. 56, Wilm. Levy Anm. 1).

Eine vorläufige Vollstreckbarkeit eines auf Grund des § 231 ergangenen Urtheils findet — abgesehen vom Kostenpunkte — der Natur der Sache nach nicht statt; § 648 Nr. 1 trifft nicht zu, weil das Urtheil eine Verurtheilung nicht ausspricht (vgl. § 648 Anm. 2).

11) Neben § 231 sind bestehen geblieben die Bestimmungen des materiellen Rechts, wonach eine Klage auf künftige Leistung als Grundlage künftiger Zwangsvollstreckung (wie z. B. die sog. Kündigungsklage der Preuß. AGO. I 28, §§ 4, 16) zulässig ist, oder wonach bei bereits begründeter Verbindlichkeit zum Schadensersatz zugleich auf künftige, wiederkehrende Leistungen (Alimente u. dergl.) geklagt werden kann; vgl. z. B. Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 7 [RGBl. S. 207], Preuß. AGO. I 14 § 6 Z. 1 u. Art. 5 d. Dekl. v. 6. April 1839 (GS. S. 126). [Vgl. auch §§ 664, 672, 775, 777; Förster (Eccius) I S. 278 ff., Wilm. Levy Anm. 6, Kroll a. a. O. S. 61 Anm. 39, Förster (Thorn) a. a. O. S. 128 ff., bes. S. 149, Dernburg I S. 274 Anm. 8, Rocholl a. a. O. S. 353 ff., Wach I S. 17 Anm. 14, D. J. Ztg. 1883 S. 188, Bähr, Urth. S. 156 ff.]. Wegen der Prozeßkosten entscheidet aber auch hier der Grundsatz des § 89 (vgl. oben Anm. 6).

12) Zur Erhebung einer auf gegentheilige Feststellung gerichteten Widerklage der Feststellungsklage gegenüber wird selten Veranlassung sein; denn in der Abweisung der Vorklage als sachlich unbegründet (nicht bloß wegen des mangelnden Interesse) liegt von selbst die gegentheilige Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses (vgl. § 33 Anm. 2, S. 32, § 293 Anm. 2, ferner Bähr a. a. O. S. 166, Seuffert Anm. 3e, 4c, 10e, Weismann a. a. O. S. 122, Wendt a. a. O. S. 37 ff. A. M. RG. VI S. 366).

§ 232.

1) Der § 233 handelt von der objektiven Klagenhäufung; über die subjektive Klagenhäufung vgl. §§ 56 ff.

2) Die Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung ist an die doppelte Voraussetzung geknüpft, daß das Prozeßgericht für sämmtliche Ansprüche sachlich und örtlich zuständig, und daß dieselbe Prozeßart für alle Ansprüche zulässig ist. Vgl. auch § 26.

Die sachliche Zuständigkeit muß der Gattung nach für jeden einzelnen Anspruch vorhanden sein (es kann z. B. nicht bei einem Amtsgerichte neben einer Klage auf Räumung einer Miethswohnung und einer Klage auf Zahlung einer Kaufschuld von 100 Mark eine Ehescheidungsklage erhoben werden); soweit aber die Zuständigkeit durch den Werth bedingt ist, werden alle Ansprüche zusammengerechnet. Aus dem letzteren Grunde können mehrere Ansprüche, welche nicht einzeln, aber in ihrer Gesammtheit die für die Zuständigkeit der Landgerichte bestimmte Werthsumme erreichen, in einer Klage nur vor dem Landgerichte geltend gemacht werden (§ 5), während sie in getrennten Prozessen bei dem Amtsgerichte anzubringen sind. Hiernach ist es — wie die Mot. ausdrücklich hervorheben — selbstverständlich, daß die Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß dem Werthe nach der eine Anspruch vor die Amtsgerichte, der andere vor die Landgerichte gehört (vgl. N. E. § 198 Abs. 2). Hinsichtlich der Kammern für Handelssachen s. GVG. § 103 Anm. 1.

Die örtliche Zuständigkeit kann für einzelne Ansprüche auch durch Prorogation oder durch einen Antrag nach § 36 Nr. 2 u. 4 hergestellt werden.

Besondere Prozeßarten, welche die Möglichkeit der Klagenhäufung mit anderen nicht in dieser Prozeßart zulässigen Rechtsstreitigkeiten ausschließen, sind z. B. der Urkundenprozeß (§§ 555 ff.), das Verfahren in Ehesachen (§§ 568 ff.), in Entmündigungssachen (§§ 593 ff.), das Mahnverfahren (§§ 628 ff.), das Aufgebotsverfahren (§§ 823 ff.).

3) Es ist auch eine Kombination der subjektiven und der objektiven Klagenhäufung statthaft, und zwar sowohl in der Art, daß die objektiv kumulirten Klagen von sämmtlichen Streitgenossen, als daß dieselben nur von einzelnen Streitgenossen oder gegen einzelne Streitgenossen erhoben werden (vgl. Hann. Prot. V S. 1468, 1469).

4) Ueber das richterliche Trennungsrecht bei kumulirten Klagen vgl. § 136. Hat der Kläger unzulässiger Weise eine Verbindung vorgenommen, so muß (vgl. § 267 Abs. 2), wenn die Unzulässigkeit auf der Ungleichartigkeit der erforderlichen Prozeßarten beruht, das Gericht trennen und denjenigen Anspruch, welcher in der für ihn nicht zulässigen Prozeßart, z. B. Urkundenprozeß, Eheverfahren usw., erhoben ist, in angebrachtem Maße abweisen (RG. V S. 165, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 4, Gaupp II S. 20 u. A. A. M.: früh. Aufl., Siebenhaar S. 256, Petersen § 232 Nr. 3, Kleiner II S. 27, OLG. Cöln in Busch, Zeitschr. VII S. 101, welche lediglich eine getrennte Verhandlung anordnen wollen). Beruht die Unzulässigkeit auf der Unzuständigkeit des Gerichts, so ist, soweit eine ausschließliche Zuständigkeit in Frage steht, von Amtswegen, im Uebrigen auf Antrag diejenige Klage, bezüglich welcher die Unzuständigkeit vorhanden, abzuweisen. Vgl. §§ 56, 57 Anm. 3.

5) Abs. 2: Der Begriff der Besitzklage (possessorisches Rechtsmittel im Gegensatz zu dem weiteren Begriffe des § 25; vgl. § 25 Anm. 1, Fitting im civ. Arch. 61 S. 421, v. Bülow Anm. 4, Petersen § 232 Nr. 4, Wilm. Levy Anm. 5, jetzt auch Seuffert Anm. 3. A. M.: Sarwey I S. 346 Anm. 7, Seitz, Besitz S. 58, Gaupp II S. 19) bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. [Vgl. Wächter, Württ. Privatr. II S. 425; Förster (Eccius) I § 50, S. 281; Dernburg I §§ 157, 158, S. 263 ff.] Einen besonderen Besitzprozeß kennt die CPO. nicht (vgl. d. allg. Bemerk. z. fünften Buche unter 1); dem Bedürfnisse nach Schutz des einstweiligen Besitzstandes wird durch die Bestimmungen über die einstweiligen Verfügungen (§§ 814 ff.) Genüge geleistet. Auch der gemeinrechtliche Spolienprozeß ist abgeschafft (Siebenhaar S. 256 Anm. *), wogegen die Bestimmung des kanonischen Rechts (c. 2. 4 X de ord. cogn. [2, 10]), daß der spoliirte Kläger vor Erledigung seiner Vorklage sich auf eine Widerklage des Spoliators nicht einzulassen brauche, als materiellrechtlicher Natur nicht aufgehoben ist (Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 43 ff.; vgl. auch RG. VII 328, Seuffert, Arch. 37 Nr. 290 [OLG. Celle], 291 [RG.], Bähr, Urth. S. 37 ff. u. dagegen Wendt in Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 21 S. 62 Anm. 3).

Da ein besonderer Besitzprozeß nicht besteht, würde nach den Bestimmungen des Abs. 1 die Verbindung der Besitzklage mit der petitorischen Klage an sich zulässig sein (vgl. c. 2 X. II, 12); der Abs. 2 untersagt aber dieselbe aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Einklange mit dem in großen Theilen Deutschlands früher geltenden Recht (vgl. Code de proc. art. 25, Bayer. PO. Art. 585, Hann. PO. § 505). Die Zulässigkeit der gleichzeitigen oder sukzessiven Erhebung beider Klagen in gesonderten Prozessen richtet sich nach materiellem Recht (Siebenhaar S. 255, Petersen § 232 Nr. 4, Seuffert a. a. O. u. A.). Als Widerklage (vgl. § 33) ist die eine wie die andere nach § 232 Abs. 2 nicht unstatthaft (Hellmann II S. 23 u. Lehrb. S. 398, 451, Petersen a. a. O. u. Löning a. a. O. S. 52 Anm. 54. A. M.: Dernburg I § 115 S. 276 Anm. 4, Förster (Eccius) I Nr. 50 S. 281 Anm. 29, III § 162 S. 87 Anm. 28). Auch ist ein Zusammenhang (vgl. § 33 Anm. 2) zwischen der petitorischen und der possessorischen Klage nicht zu verneinen (A. M.: H. Meyer in Busch, Zeitschr. VIII S. 451 ff., A. Förster § 33 Anm. 3; vgl. auch Seuffert a. a. O. u. Wilm. Levy a. a. O., nach denen die Frage davon abhängt, ob nach dem anzuwendenden materiellen Recht Einreden, die das Recht betreffen, im Besitzprozesse statthaft sind). Dagegen ist nach Analogie der Klage die Verbindung des Anspruchs wegen

des Rechts mit dem Anspruch wegen des Besitzes in der Widerklage ausgeschlossen (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 451).

6) Ueber die weiteren Beschränkungen der Klagenhäufung in Ehe- und in Entmündigungssachen vgl. §§ 575, 587, 608, 620, 624, 626.

7) Die Unzulässigkeit der Häufung von einander in den Anträgen widersprechenden Klagen, z. B. actio redhibitoria und quanti minoris (Windscheid, Pand. I § 121 Anm. 9, 10, Wetzell § 63 S. 839), beruht auf materiellrechtlichen Gründen. [Ueber die Folgen einer solchen Häufung s. Struckmann in Busch, Zeitschr. III S. 240; vgl. auch Petersen § 232 Nr. 3 a. E.] Aus prozessualischen Gründen ist dagegen die Verbindung von auf unvereinbaren thatsächlichen Voraussetzungen beruhenden Klagen — die übrigens dann nicht ausgeschlossen ist, wenn die Erklärung des Beklagten auf die prinzipale Klage zu der eventuellen Klage Anlaß giebt — mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit der Behauptung eines bestimmten Grundes der Klage (§ 230 Nr. 2) unstatthaft (Wetzell § 63 Anm. 6 ff., S. 825, 840 ff., Gaupp II S. 17, Wilm. Levy Anm. 4, OLG. Braunschweig in Busch, Zeitschr. VII S. 101). Auch in diesen Fällen ist nur die prinzipal aufgestellte Behauptung zu beachten; werden beide in gleicher Linie neben einander festgehalten, so ist der Kläger mit beiden definitiv zurückzuweisen. Das Gleiche gilt rücksichtlich der Widerklage (vgl. Löning a. a. O. S. 133). Wegen Häufung von Einreden s. Anm. 9.

Zulässig ist die gleichzeitige Anstellung mehrerer Klagen, welche (ohne in ihren Anträgen sich zu widersprechen) in einem alternativen Verhältniß zu einander stehen und denselben Zweck verfolgen (z. B. rei vindicatio und actio depositi auf Herausgabe einer Sache), also eine Häufung konkurrirender Klagen darstellen (Kroll, Klage u. Einr. S. 226).

Zulässig ist ferner die sog. sukzessive Klagenhäufung d. h. die Häufung zweier Klagen, von denen die eine zu der anderen im Verhältniß der Präjudizial- oder präparatorischen Klage steht, z. B. Paternitäts- oder Alimentenklage (Bolgiano S. 103), Klage auf Vorlegung eines eidlich zu erhärtenden Nachlaßverzeichnisses und auf Theilung des Nachlasses (Francke: D. Offenbarungseid S. 105); desgl. einer prinzipalen und einer eventuellen Klage, sofern dieselben nicht miteinander im Widerspruch stehen (vgl. OLG. Braunschweig a. a. O.). Die Eventualität kann nicht bloß in der Abweisung der prinzipalen Klage bestehen, wie Wetzell S. 843 annimmt, sondern auch darin, daß der Verurtheilung zur prinzipalen Klage vom Beklagten nicht Folge geleistet wird (vgl. z. B. das Verhältniß der Klage aus einem Verlöbniß auf Vollziehung der Ehe zur eventuellen Entschädigungsklage, der persönlichen Klage auf Zahlung zu der eventuellen Pfandklage auf Herausgabe der Pfandstücke. Aber es dürfen nicht Ansprüche sein, welche erst nach einander erledigt werden können, z. B. auf Abrechnung und auf Leistung des aus der Abrechnung Geschuldeten (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 65).

8) Ein Gebot der objektiven Klagenhäufung ist der CPO. unbekannt; die Vorschrift des Code civ. art. 1346 ist durch § 14 Nr. 2 des EG. z. CPO. abgeschafft (vgl. auch Wach I S. 373). Ueber das richterliche Verbindungsrecht s. § 138.

9) Abweichend von den rücksichtlich der Klage geltenden Grundsätzen (Anm. 7) ist eine Häufung einander widersprechender Einreden gestattet, weil eine jede Einrede nur die Abweisung des klägerischen Angriffs bezweckt (L. 5. 8 D. de except. [44, 1], und bei einer solchen Abwehr die eine Einrede zur anderen in das Verhältniß der Eventualität tritt. Aus gleichem Grunde kann daraus allein, daß der Beklagte eine mit dem Leugnen des Klagegrundes nicht vereinbare Einrede geltend macht, nicht geschlossen werden, daß er den Klagegrund an sich zugestehe (qui excipit, non fatetur; L. 9 eod., L. 43 D. de R. J. [50, 17], RG. in D. J. Ztg. 1883 S. 379). Indessen kann in beiden Beziehungen bei widersprechendem Verhalten des Beklagten zu Ungunsten desselben der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 259) zur Anwendung kommen. Auch sind, wenn der Beklagte aus denselben Thatsachen, auf welche der Kläger

§ 233. Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

N. Entw. § 213. Entw. I. § 212. Entw. II. § 220. Entw. III. § 225. Mot. S. 186. Prot. S. 78.

§ 234. Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monate liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

---

seinen Anspruch stützt, eine Einrede herleitet, diese Thatsachen als zugestanden anzusehen. (S. Förster (Eccius) I § 53 S. 299, 300, Bayer, Vorl. 7. Aufl. S. 361. Etwas abweichend Wetzell S. 939 u. 940 und Bolgiano S. 56, welche eine Ausnahme machen, wenn die eine Handlung der anderen absolut widerstreitet. Vgl. auch Seuffert, Arch. 8 Nr. 92, 13 Nr. 285.)

§ 233.

1) Der § 233 enthält nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des § 193 auf die Klageschrift. Nach § 193 Abs. 2 ist daher auch der Termin binnen 24 Stunden von dem Vorsitzenden zu bestimmen. Die „Bestimmung des Termins“ ist ein lediglich formeller Akt des Vorsitzenden; eine sachliche Prüfung der Klageschrift und eine Abweisung der Klage per decretum findet — abgesehen von dem Falle des § 570 (vgl. auch §§ 597, 824) — nicht statt (vgl. § 193 Anm. 3, Nordd. Prot. S. 533, Hann. Prot. V S. 1470 ff. A. M. Brinkmann, Begründung d. Klagen I S. 75 ff.). Freilich muß wirklich eine Klage vorliegen, nicht ein Schriftstück, welches sich nur als solches bezeichnet (Wach, Vortr. S. 24 Anm. *. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 396; vgl. § 193 Anm. 3), wogegen das bloße Fehlen eines einzelnen nothwendigen Bestandtheils der Klage, z. B. des Klagegrundes, die Anberaumung des Termins nicht hindern kann. Vgl. §§ 193 Anm. 3, 230 Anm. 8. (So auch Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 629 u. A. A. M.: Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 273, Wach a. a. O., Eccius in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1 ff., Fuchs das. S. 650). Sollte die Bestimmung des Termins verweigert werden, so steht dem Kläger nach § 530 die Beschwerde zu. Wegen der Zustellung ohne vorangegangene Terminsbestimmung vgl. § 230 Anm. 7.

Eine Abschrift der Klageschrift ist in Gemäßheit des § 124 auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts niederzulegen.

2) Durch wen und wie die Zustellung erfolgt, bestimmen die §§ 152—190. Daß die Zustellung an den Beklagten erfolgen muß, ist selbstverständlich.

3) Wegen Benachrichtigung der Vorgesetzten bei Klagen gegen aktive Offiziere in Preußen s. d. allg. Verf. d. Just.Min. v. 28. Febr. u. 24. April 1880 (JMBl. S. 41, 92 — Struckmann u. Koch, Preuß. AG. Erg.-Heft S. 82, 88). Andere Benachrichtigungen sind nicht mehr erforderlich, wenngleich zuweilen, z. B. bei Klagen gegen Beamte, üblich. Vgl. auch allg. Verf. d. Justiz-Min. v. 10. Aug. 1881 (JMBl. S. 168).

§ 234.

1) Ueber den Begriff der Einlassungsfrist vgl. § 194 Anm. 1.

2) Abs. 1: Der Vorsitzende hat bei Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung denselben so weit hinauszurücken, daß die in Abs. 1 festgesetzte Einlassungsfrist gewahrt wird, wobei zu berücksichtigen ist, daß zwischen der Anberaumung und der Zustellung an den Beklagten noch ein oder in der Regel mehrere Tage zu liegen pflegen. Ist die Einlassungsfrist nicht gewahrt, so kann vom Beklagten Vertagung verlangt, gegen den nicht erschienenen Beklagten aber ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden (§ 300 Nr. 2). Bei einer Vertagung wird die Einlassungsfrist selbstverständlich von Zustellung der Klageschrift bis zum zweiten Termin berechnet (so auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 499); außerdem ist aber die

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

N. Entw. §§ 404, 667. Entw. I. § 213. Entw. II. § 221. Entw. III. § 226. Mot. S. 186, 187. Prot. S. 78, 537—540.

§ 235. Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1. wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
2. die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
3. der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

N. Entw. § 199. Entw. I. § 214. Entw. II. § 222. Entw. III. § 227. Mot. S. 187–189. Prot. S. 79, 540–543.

Ladungsfrist zu dem letzteren Termine zu wahren (vgl. § 300 Abs. 2, § 195 Anm. 2). Dagegen kann umgekehrt, weil die Einlassungsfrist lediglich zu Gunsten des Beklagten gesetzt ist, der trotz nicht gewahrter Einlassungsfrist erschienene Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger auf Grund des § 295 ein Versäumnißurtheil beantragen. (Vgl. § 300 Anm. 3, Gaupp II S. 21, 22, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Endemann II S. 20.) Vgl. auch § 302.

3) Ueber den Begriff der Meß- und Marktsachen vgl. § 30. Auch die Ladungsfrist beträgt hier nur 24 Stunden (§ 194). — Eine kürzere Einlassungsfrist findet außerdem im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 459) und im Verfahren vor den Kammern für Handelssachen statt (GVG. § 102 Abs. 1); ferner in Wechselsachen (§ 567).

4) Abs. 2: Auch wenn die Zustellung im Auslande vorzunehmen ist, muß die Einlassungsfrist mindestens einen Monat betragen. Die Bestimmung der Einlassungsfrist durch den Vorsitzenden hat nur die Bedeutung, daß die längere, von dem Vorsitzenden festgesetzte Frist zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß. Eine Zustellung im Auslande ohne vorgängige richterliche Bestimmung der Einlassungsfrist ist ungültig. Das dem französischen Recht entlehnte System der gesetzlichen Zusatzfristen bei Zustellungen im Auslande (WO. Art. 78, 79, P. C. § 298, N. C. § 404) kennt das Gesetz nicht. Bei öffentlichen Zustellungen tritt ein Monat der Einlassungsfrist hinzu (§ 189 Abs. 1).

5) Eine Abkürzung der Einlassungsfrist kann sowohl in den Fällen des Abs. 1 wie in denen des Abs. 2 in Gemäßheit des § 204 erfolgen.

§ 235.

1) Die Erhebung der Klage (s. §§ 230, 233 Anm. 1) erzeugt den Zustand eines schwebenden (begonnenen, aber noch nicht beendeten) Rechtsstreits, welchen das Gesetz mit „Rechtshängigkeit der Streitsache" (Litispendenz) bezeichnet. Dieser Zustand äußert sich wesentlich in der Gebundenheit der Parteien an die so dem Anspruch gegebene Gestalt und Richtung. Die Entstehung der „konkreten Richterpflicht", worin Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 267, 268 („Ueber Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft") das Wesen der Rechtshängigkeit findet (vgl. auch Aschrott in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 626, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 135 Anm. 174), bedeutet, wie derselbe anerkennt, „bald mehr, bald weniger". Man kann indessen zugeben, daß mit der Rechtshängigkeit auch eine gewisse Gebundenheit des Gerichts eintritt. Die Rechtshängigkeit setzt, wie die Rechtskraft, Identität der Personen, des Gegenstandes und des Rechtsgrundes voraus (vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 272). Vgl. Anm. 3. Ist Kläger zugleich Vertreter des Beklagten, so muß die Klage einem andern Vertreter zugestellt

werden (RG. VII S. 484). Durch Nebenintervention des Hauptschuldners im Prozesse des Bürgen wird Rechtshängigkeit nicht begründet (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 241). Wegen Theilforderungen vgl. § 293 Anm. 3, 4.

Die Streitfrage, ob „an Stelle des Zweiseitigkeitsprinzips der alten litis contestatio das Prinzip einseitiger Prozeßbegründung" gesetzt ist, „also die prozeßbegründende Thätigkeit, die moderne litis contestatio lediglich in der Klagerhebung besteht" (Bülow im civ. Arch. 62 S. 22, Löning a. a. O. S. 135 Anm. 174, Schwalbach a. a. O. S. 256 f., v. Amsberg im civ. Arch. 65 S. 103 Anm. 25 u. A.), oder ob noch immer die Streitbegründung von der Einlassung (Litiskontestation des früheren Rechts; vgl. über den Unterschied § 239 Anm. 2) abhängig ist (Wach in Grünhut, Zeitschr. VII S. 134 ff., Plósz, Beitr. z. Theorie d. Klagerechts S. 10, 130, 132 ff., Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 22 ff., Endemann in Bödiker, Mag. V S. 157 ff. u. A.) ist in der Hauptsache nur von theoretischer Bedeutung. Der größte Theil der Wirkungen der Streitbegründung schließt sich jedenfalls nach der CPO. an die Klagerhebung (§§ 235, 239; vgl. auch Fitting § 43 S. 142, Mandry S. 235 ff., Dernburg I §§ 129—132, S. 291 ff.), während andere sich nach wie vor an die Einlassung knüpfen (s. Anm. 4, § 239 Anm. 2 u. 3). [Daß die Erhebung der Klage, wenn die Prozeßvoraussetzungen nicht vorliegen, nur Rechtshängigkeit, nicht das Prozeßverhältniß herstelle, erkennt auch Schwalbach a. a. O. S. 257 ff. an.] Wichtig für die Konstruktion jener Wirkungen ist der Begriff der durch die Klagerhebung begründeten Einlassungspflicht des Beklagten (s. Wach a. a. O. S. 146 ff., in s. Vortr., S. 112, 113 u. im civ. Arch. 64 S. 212 Anm. 6, Birkmeyer a. a. O. S. 24), welcher Bülow a. a. O. S. 22 ff. ein bloßes Recht zur Einlassung substituirt. Vgl. §§ 129 Anm. 1, 296 Anm. 2. [Lippmann im civ. Arch. 65 S. 371 ff., welchem sich Bülow anschließt, faßt die Rechtshängigkeit als dasjenige zeitliche Moment auf, vor welchem die beiderlei Wirkungen (Nr. 2, 3) nicht eintreten können, und entfernt deßhalb aus dem Begriff das Element der Dauer (s. jedoch Schollmeyer, Kompens. S. 9 Anm. 1 — „begründet" 2c., Aschrott a. a. O. S. 629 ff. u. unten Anm. 2).]

Bezüglich der erst im Laufe des Prozesses erhobenen Ansprüche ist der Zeitpunkt der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung entscheidend (s. § 254). Begriff und Wirkungen der Rechtshängigkeit sind nämlich ebensowenig, wie die der Rechtskraft, an die Form der Klage gebunden, sondern finden überall da Anwendung, wo ein „Anspruch" zur richterlichen Entscheidung (mit der Wirkung materieller Rechtskraft) gebracht wird, also auch auf Widerklagen (vgl. Löning a. a. O. S. 135 ff., 145, Schollmeyer a. a. O. S. 14 ff. u. A. A. M. Lippmann a. a. O. S. 358 ff.), Inzident-Feststellungsklagen und mittels Einrede geltend gemachte Gegenforderungen (vgl. Nordd. Prot. S. 571, 572, 794, 823). Vgl. §§ 33, 253, 254, 274, 293 Abs. 2, 491 Abs. 2; §§ 136, 137 Anm. 2. [Die vorstehende Ansicht theilen außer den Mot. u. A. Endemann II S. 22, 23, Sarwey I S. 349, 350, Gaupp I S. 386, Mandry S. 236 Anm. 6, Wach, Vortr. S. 104, 105, Freudenstein: Rechtskraft S. 202 ff., Hellmann, Lehrb. S. 456 ff. und jetzt auch Schollmeyer a. a. O. S. 8 ff., 96 ff., 101, welcher in seiner Schrift über den Zwischenstreit S. 20 ff. anderer Ansicht war. Dagegen verneinen die Rechtshängigkeit durch Kompensationseinrede: RG. VI S. 422, Petersen § 235 II 1 sowie in Busch, Zeitschr. I S. 93 ff., IV S. 293 ff., welcher hier zu einer Rechtskraft ohne vorgängige Rechtshängigkeit gelangt, Fitting § 43 Anm. 27, S. 144, v. Bülow Anm. 4, Förster (Eccius) I § 51 S. 284, § 53 S. 300, § 57 S. 349 Anm. 59, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., A. Förster Anm. 2, Löning a. a. O. S. 48 Anm. 47, Schwalbach a. a. O. S. 269 u. jetzt auch Seuffert Anm. 1; Lippmann a. a. O. S. 358 ff., 370 ff. sucht aus der ganzen Konstruktion des Prozesses darzuthun, daß weder die Kompensationseinrede noch die Widerklage die Einrede der Rechtshängigkeit begründe; vgl. dagegen Schollmeyer a. a. O. S. 11 Anm. 3 u. S. 12 ff.]. Der Kompensationsanspruch wird aber in jedem Falle wenigstens eventuell erhoben. Der inneren Verschiedenheit wird durch die Möglichkeit der

Aussetzung (s. unten Anm. 3) genügend Rechnung getragen. Die Wirkungen unter Nr. 2 und 3 passen freilich nicht auf Einreden (vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 102).

Im Mahnverfahren treten die — in § 235 aufgeführten — Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner ein und bleiben auch bei erhobenem Widerspruche gegen den Anspruch oder einen Theil desselben bestehen (§§ 633, 635).

Bezüglich des Urkundenprozesses vgl. §§ 559, 563.

Durch Erwirkung des Arrestbefehls wird zwar Rechtshängigkeit der Hauptsache nicht begründet (RG. XIII S. 363); indessen findet § 235 doch insofern entsprechende Anwendung, als wegen des nämlichen Anspruchs auf den nämlichen Gegenstand nicht bei verschiedenen Gerichten Arrest beantragt werden kann (RG. VIII S. 358).

Durch Anmeldung der Forderung im Konkurse tritt Rechtshängigkeit nicht ein; KO. § 13 Satz 2 läßt mit der Anmeldung nur die Unterbrechung der Verjährung eintreten. (So auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 501.)

2) Die CPO. regelt nur die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit (vgl. § 239).

Die Rechtshängigkeit dauert bis zum Eintritt der Rechtskraft (vgl. § 293) oder der anderweiten Beendigung des Rechtsstreits (s. z. B. §§ 243, 277). Hinsichtlich des Mahnverfahrens s. §§ 637, 640, 641).

3) Nr. 1: Die Hauptwirkung (A. M. Lippmann a. a. O. S. 380, welcher Nr. 1 für nebensächlich hält) besteht in der „Einrede der Rechtshängigkeit" (exceptio litis pendentis oder rei in judicium deductae), welche den Grundsatz von der Unstatthaftigkeit gleichzeitiger Verhandlung desselben Streitverhältnisses in zwei Prozessen verwirklicht (vgl. ROHG. 19 S. 417). Dieselbe gehört zu den prozeßhindernden Einreden (§ 247 Nr. 3). Sie steht materiell auf einer Linie mit der Einrede der Rechtskraft, deren Vorläuferin sie ist, und deren Zwecke sie sogar zuweilen dauernd erfüllt (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1136, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 272, Schollmeyer a. a. O. S. 10, Schwalbach a. a. O. S. 282 ff. A. M. Lippmann a. a. O. S. 438 ff.), und hat denselben Umfang wie diese (s. Anm. 1), kommt daher auch beiden Theilen zu [s. ROHG. 8 S. 167, Entsch. d. preuß. OT. 55 S. 211 und Striethorst, Arch. 71 S. 128]. Hiernach beantwortet sich namentlich die Frage, ob auch durch die Anhängigkeit bei einem ausländischen Gerichte die Einrede begründet wird (vgl. Petersen § 235 II 1 u. A.). Ob das ausländische Gericht die Einrede versagt, ist unerheblich (s. ROHG. 19 S. 417). [Gaupp II S. 26, Seuffert Anm. 3a u. Kleiner II S. 33, 34 gewähren die Einrede unbedingt.]

Es kommt nicht darauf an, ob die Prozeßvoraussetzungen vorliegen (s. Anm. 1, Schwalbach a. a. O. S. 281 ff.).

Ob die nochmalige Abhängigmachung durch Klage, bzw. Widerklage, Inzidentfeststellungsklage oder durch Geltendmachung einer Gegenforderung mittels Einrede erfolgt, ist hier an sich nicht minder unerheblich, als nach § 254 bezüglich des Eintritts der Rechtshängigkeit (s. Anm. 1). Demnach kann auch einer Klage, durch welche ein bereits im Wege der Kompensationseinrede geltend gemachter Anspruch erhoben wird, die Einrede der Rechtshängigkeit und der Kompensations-Einrede die Replik der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden wie die Replik der res judicata nach § 293 Abs. 2. (Zustimmend Gaupp I S. 386, II S. 23 ff., 175 ff., Sarwey I S. 230, 349, Freudenstein a. a. O. S. 204, Wach, Vortr. S. 104, 105, Mandry S. 266, Endemann II S. 23, jetzt auch Schollmeyer a. a. O. S. 8 ff., 52 ff. u. A. A. M.: Petersen a. a. O., v. Bülow Anm. 4, Löning S. 48 Anm. 47, Lippmann S. 358 ff., Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 1 u. 3a, Kroll, Klage u. Einrede S. 202, welche nur eine „Einrede" der Rechtshängigkeit zulassen und die Möglichkeit der Rechtshängigkeit einer Gegenforderung verneinen.) Indessen ist nur die nochmalige Entscheidung über die Gegenforderung selbst ausgeschlossen; die Kompensation auf Grund eines rechtshängigen Anspruchs ist nicht unzulässig [L. 8 D. de compens. (16, 2), Nordd. Prot. 557, 561, 794; Förster (Eccius) I § 53 S. 300,

§ 94 S. 689. A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 69, 101]. Vgl. §§ 254 Anm. 2, 293 Anm. 4. Die Wirkung der Replik ist daher nur die, daß der Richter die Entscheidung über den Einwand bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses auf Grund entsprechender Anwendung des § 139 abzulehnen und folgeweise die Verhandlung des ganzen später erhobenen Rechtsstreits bis dahin auszusetzen hat. (Vgl. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 489. Seuffert, Wilm. Levy, Schollmeyer a. a. O. S. 52 ff., bes. S. 69, 102 u. A. stellen die Aussetzung nur in das Ermessen des Gerichts.) Hiermit erledigt sich der von Petersen in Busch, Zeitschr. I S. 95, IV S. 297 gerügte (vermeintliche) innere Widerspruch (A. M. Freudenstein a. a. O. S. 209, welcher die Kompensationseinrede angebrachtermaßen abweisen will). Statt dessen ist es jedoch auch häufig angezeigt, von dem gewöhnlichen Trennungsrechte Gebrauch zu machen. Selbstverständlich müssen in letzterem Falle die Voraussetzungen des § 136 Abs. 2 vorliegen; auf Grund analoger Anwendung des § 136 Abs. 2 einen rechtshängigen, compensando geltend gemachten konnexen Anspruch aus dem zweiten Prozesse herauszuweisen, wie die Mot. zu gestatten scheinen, ist nicht zulässig (s. Seuffert a. a. O., Sarwey I S. 351, Hellmann II S. 29, 30, Wilm. Levy Anm. 2 a. E. u. A.). [Die Herausweisung gestattet aus anderen, von Schollmeyer a. a. O. S. 55 ff. mit Recht bekämpften Gründen Lippmann S. 454 ff., 459.]

Auf Einreden, die nicht auf einer Gegenforderung beruhen, z. B. exc. servitutis, rei venditae et traditae (s. Siebenhaar S. 259), ist das Institut der Rechtshängigkeit nicht anwendbar; sowenig sie Rechtshängigkeit bewirken, ebensowenig steht ihnen die Replik der Rechtshängigkeit entgegen. Widersprechenden Entscheidungen kann hier nur durch Verbindung oder Aussetzung (§§ 138, 139) vorgebeugt werden. Vgl. Anm. 9.

Auch das Mahnverfahren und der Urkundenprozeß haben die Rechtshängigkeit zur Folge (vgl. Anm. 1). Die gleichzeitige Anstellung der Klage im ordentlichen Prozesse ist also unstatthaft (vgl. Gaupp II S. 24, 25, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. ROHG. 12 S. 210 ist veraltet). Für den Fall der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl vgl. jedoch §§ 635–637.

Die Einrede der Rechtshängigkeit ist verzichtbar; mit dem — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Verzicht erlischt die Rechtshängigkeit, und es treten dann die nach § 243 Abs. 3, 4 mit der Zurücknahme der Klage verbundenen Wirkungen ein (Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 77).

4) Nr. 2: „Zuständigkeit" — sachliche wie örtliche (perpetuatur forum, perpetuatio judicii).

— „der sie begründenden Umstände" — z. B. Minderung des Werths des Streitgegenstandes, Wechsel des Wohnsitzes usw.; vgl. § 4. Auch durch theilweise Einräumung des Anspruchs oder theilweise Zurücknahme der Klage wird die Zuständigkeit nicht geändert (RG. III S. 392, Seuffert Anm. 3b, Wilm. Levy Anm. 3, Wach I S. 379). Freilich bleibt auch die Einlassung für die Zuständigkeitsfrage stets von Bedeutung (s. §§ 39, 247, 248; Wach in Grünhut, Zeitschr. VII S. 139, 140). Wegen der Klagerweiterung s. § 467.

5) Nr. 3: Wie weit nach diesem Satze (dessen Folgerichtigkeit auch Wach a. a. O. S. 140 anerkennt) die Aenderung der in der Klageschrift (als Grundlage des Rechtsstreits — s. § 230) enthaltenen Anführungen nicht als „Aenderung der Klage" gilt, ergiebt § 240. Hinsichtlich der Ehesachen s. §§ 574, 576.

Die „Einwilligung" kann auch stillschweigend ertheilt werden (§ 241). Zu derselben ist eine Spezialvollmacht nicht erforderlich (§ 77 Anm. 2). Im Versäumnißverfahren ist wegen des Erfordernisses der Einwilligung die Klagänderung überhaupt unzulässig (vgl. § 300 Anm. 4). In den höheren Instanzen ist letztere auch mit Einwilligung des Gegners unstatthaft (§ 489). Wegen der Widerklage s. § 240 Anm. 1 a. E.

6) Anträge, die Klagänderung unbedingt oder doch bis zum Schlusse der ersten mündlichen Verhandlung zu gestatten, sowie andrerseits dieselbe auch bei Einwilligung des Beklagten nicht zu gestatten, sind von der RTK. abgelehnt. Wegen der Literatur s. § 240 Anm. i. A.

§ 236. Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der andern Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu zediren.

Die Veräußerung oder Zession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der §. 66 keine Anwendung.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

N. Entw. § 200. Entw. I. § 215. Entw. II. § 223. Entw. III. § 228. Mot. S. 189, 190. Prot. S. 79.

---

7) Eine Vorschrift über die Prävention ist nicht aufgenommen. Es gilt als eine nothwendige Folge des Begriffs der Rechtshängigkeit, daß im Falle der Konkurrenz mehrerer gleich zuständiger Gerichte oder im Falle doppelseitiger Klagen durch die Rechtshängigkeit und während der Dauer derselben die Zuständigkeit anderer gleich zuständiger Gerichte ausgeschlossen wird (Württ. PO. Art. 58, Bayer. PO. Art. 159 Nr. 1, H. E. §§ 25, 236). Vgl. § 35.

8) Ebenso hielt man es nicht für erforderlich, die Befugniß zur Erhebung einer Widerklage als prozessualische Wirkung der Rechtshängigkeit zu bezeichnen (so Bayer. PO. Art. 179 ff. Nr. 3, Hann. PO. § 190 Nr. 3, Württ. PO. Art. 326 Nr. 1), da es, wie die Mot. bemerken, anderweit genügend klar gestellt sei, daß die Erhebung der Widerklage die Rechtshängigkeit der Klage voraussetze (§§ 33, 136 Abs. 2, 251—254; vgl. auch Löning a. a. O. S. 8, 9, 30 ff.). Mit der Aufhebung der Rechtshängigkeit (z. B. durch Urtheil, Verzicht, Zurücknahme usw.) fällt auch das Recht zur Erhebung der Widerklage weg (Löning a. a. O. S. 39 ff.), während die bereits erhobene bestehen bleibt (vgl. §§ 33 Anm. 3, 243 Anm. 6).

9) Ist das im Streite begriffene Rechtsverhältniß für einen andern Rechtsstreit präjudizirlich, ohne doch dessen Gegenstand zu bilden, so kann die Verhandlung des letzteren nach § 139 ausgesetzt werden (vgl. Prot. S. 542, 543; § 139 Anm. 1); z. B. wenn ein Servitut gleichzeitig mittels actio confessoria und als Einrede gegen die Eigenthumsklage geltend gemacht wird (s. oben Anm. 3; ROHG. 13 S. 202 ff.).

§ 236.

1) Das gemeinrechtliche Veräußerungsverbot, welches sich in Bezug auf den Prozeßgegenstand gegen den Beklagten wie gegen den Kläger, in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch gegen den Kläger allein richtet, leidet zahlreiche Ausnahmen und ist in mancher Beziehung streitig, auch von der Praxis bereits erheblich abgeschwächt (Windscheid, Pand. I § 125 Nr. 1, Wetzell S. 46 ff., 123 ff., Kroll, Klage u. Einr. S. 203 ff.). Dem preußischen und dem französischen Recht ist dasselbe überhaupt oder doch in dieser Ausdehnung unbekannt. Im Interesse der Rechtseinheit wird deshalb im Abs. 1 die Gültigkeit der Veräußerung des Streitgegenstandes und der Zession des streitigen Anspruchs außer Zweifel gestellt — eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 239 Satz 1. Dem Singularnachfolger steht darnach niemals die Einrede der Rechtshängigkeit zu (Seuffert, Arch. 35 Nr. 252).

„Im Interesse der Rechtseinheit bedurfte es einer gemeinsamen Regelung der Wirkungen der Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen. Diese Regelung setzte die Beseitigung des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbots voraus. Da dasselbe legislativ nicht gerechtfertigt ist, so hat der Entw. kein Bedenken tragen können, das Verbot im Anschlusse an den N. Entw. § 200 aufzuheben." (Mot.)

[Lippmann im civ. Arch. 65 S. 375 beschränkt mit Unrecht die Bedeutung des Abs. 1 auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit.]

2) An Stelle des Verbots nehmen Abs. 2 u. 3 den Grundsatz auf, daß — anders als im Falle des Todes und des Konkurses (§§ 217 ff.) — die Veräußerung oder die Zession auf den Prozeß keinen Einfluß habe.

„Bei Feststellung der Wirkungen einer Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen mußte die Erwägung leitend sein, daß durch eine derartige Veräußerung zum Nachtheile des Gegners weder dessen Lage während des Prozesses verändert, noch das Ergebniß des Prozesses unwirksam gemacht werden darf; unbillig wäre es insbesondere, im Falle der Veräußerung der litigiösen Sache durch den besitzenden Beklagten den Kläger zu nöthigen, nach Beendigung des mit Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten durchgeführten Prozesses einen neuen Prozeß gegen einen Dritten anzufangen. Dieser Erwägung entsprechen die der preuß. Praxis und dem preuß Rechte (AGO. I 7 § 48, I 24 § 9) nachgebildeten Vorschriften des § 236 Abs. 2 u. 3 (vgl. Nordd. Prot. S. 562—566)." (Mot.)

„Veräußerung" — nämlich der in Streit befangenen Sache (res litigiosa), d. h. des unmittelbaren Streitgegenstandes. Auf andere als dingliche Klagen, einschließlich der Hypothekenklage und der sog. actiones in rem scriptae (Zimmermann in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 810 ff., Seuffert Anm. 3a), findet der Grundsatz keine Anwendung, z. B. nicht auf Klagen wegen Einräumung eines dinglichen Rechts bezw. des Rechts auf Auflassung (vgl. Dernburg I S. 298, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 3), oder gar auf blos persönliche Reszissionsklagen, insbesondere auch die Paullianischen Anfechtungsklagen (Entsch. d. preuß. OT. 9 S. 426; vgl. auch Windscheid a. a. O., Förster (Eccius) I § 51, S. 287, Wilm. Levy Anm. 2, Jäckel, Anfechtungsr. S. 112. A. M. Zimmermann a. a. O. S. 810, Seuffert Anm. 3a, Urth. in Busch, Zeitschr. VII S. 544 unter irrthümlicher Berufung auf die Mot.). Unter „Veräußerung" fallen auch partielle Veräußerungen (Verpfändung, Servitutbestellung; nach manchen Rechten auch Verpachtung, Vermiethung [vgl. § 690 Anm. 2, Mandry S. 241, Seuffert Anm. 1 u. A.]); desgl. unfreiwillige, z. B. auf Grund eines Arrestes, einer Pfändung, Enteignung [Wilm. Levy a. a. O., Seuffert Anm. 3d, Gaupp II S. 30, Petersen §§ 236—238 II 2, OLG. Rostock in D. J. Ztg. 1883 S. 60, OLG. Stettin (im Falle des § 807) in Seuffert, Arch. 39 Nr. 280. A. M. Hellwig, Verpfändung u. Pfändung von Forderungen. Leipzig 1883. S. 78, 79, welcher den § 236 nur bei Verpfändung, nicht bei Pfändung von Forderungen für anwendbar hält und § 237 hier analog anwenden will, weil jede Prozeßhandlung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber wirkungslos sei; die Pfändung bewirkt aber nur ein Zahlungsverbot (§ 730 Anm. 1); es ist Sache des Gläubigers, zu interveniren]. Auch das Vermächtniß und überhaupt jede Singularsukzession von todeswegen gehört hierher (§ 217 Anm. 1). Wegen bloßer Besitznachfolger vgl. unten Anm. 3.

„Zession" — nämlich des geltend gemachten (dinglichen oder persönlichen) Anspruchs (actio litigiosa); im weiteren Sinne bildet dieser den eigentlichen Streitgegenstand (s. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 14). Vgl. Preuß. ALR. I 11 §§ 383, 384. Eine Zession der Schuld ist nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig, nicht minder die einer aus dem Schuldverhältnisse entspringenden Befugniß des Schuldners, nach § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes auf Aufhebung oder Minderung der zuerkannten Rente zu klagen (RG. I S. 315).

Auf den Fall des § 736 sind Abs. 2 u. 3 nicht auszudehnen; hier kommt vielmehr § 66 zur Anwendung (vgl. § 66 Anm. 1). § 236 findet selbstverständlich auch in den Fällen Anwendung, für welche das bisherige Recht Ausnahmen vom Veräußerungsverbote kennt (Mandry S. 241, Seuffert Anm. 3d).

Die Prozeß-Subjekte bleiben dieselben und ebenso die Lage des Prozesses. Um dies zu sichern, mußte auch die Anwendbarkeit der §§ 61 und 66, deren Voraussetzungen an sich vorliegen würden, des ersteren jedoch nur in Ermangelung der Zustimmung des Gegners, ausdrücklich ausgeschlossen werden. Die materiellen Folgen der Veräußerung oder Zession können aber durch die vorliegende prozessualische Bestimmung nicht beseitigt werden, der Klagantrag muß daher dahin geändert werden, daß an den Zessionar geleistet werde (ebenso wie Beklagter an diesen leisten darf). [Vgl. Förster (Eccius) I § 99 S. 758, A. Förster Anm. 4b, Wilm. Levy Anm. 2, S. 343. A. M. Seuffert Anm. 4a.] Hiernach beurtheilen sich auch die Erfordernisse der Kompensation (vgl. Schollmeyer, Kompens. S. 83—85. A. M. Gaupp II S. 31). Ueberhaupt regeln sich die aus der Veräußerung oder Zession entspringenden Rechte der Betheiligten nach

materiellem Recht. Der Veräußerer bleibt daher im Verhältniß zum Gegner nur insoweit dispositionsberechtigt, als die Disposition in einer Prozeßhandlung, wohin aber auch Verzicht, Anerkennung und Vergleich vor Gericht gehören (vgl. § 52 Anm.), sich äußert (A. M. A. Förster a. a. O., welcher dem Kläger nur die „formelle Prozeßführung" als materieller Vertreter des Zessionars zuweist), und auch dann nur in der Weise, daß eine bewußte Verletzung der Interessen des dritten Erwerbers eine Ersatzpflicht auch des Prozeßgegners (ex causa doli) erzeugen kann (Mandry S. 241, 242).

Stimmt der Gegner zu, so wird der Rechtsnachfolger (ähnlich wie der Benannte im Falle des § 73 Abs. 3) durch seine Erklärung in der mündlichen Verhandlung, den Prozeß übernehmen zu wollen, wirkliche Partei [Schollmeyer, Zwischenstreit S. 114, Petersen §§ 236—238 II 3].

3) Abs. 3 enthält, wie die Mot. bemerken, eine Bestimmung, welche bei Prozessen über dingliche Rechte bereits in der gemeinrechtlichen Praxis Anerkennung gefunden hatte (Wetzell S. 599 Anm. 112), dagegen in der französischen Praxis kontrovers geblieben ist (vgl. Marcadé: Explic. théorét. et prat. du Code Nap. Ed. V. Vol. V, p. 179—181, Schmitt, Bayer. Civilproz. I S. 696). Wegen der Ausnahmen s. § 238.

— „in Ansehung der Sache selbst" — nicht auch in Bezug auf den Kostenpunkt (vgl. § 73 Abs. 4) oder auf akzessorische Entschädigungsansprüche (vgl. § 73 Anm. 6).

— „gegen den Rechtsnachfolger wirksam" — d. h. demselben — und ebenso dessen Rechtsnachfolgern (Mandry S. 242) — steht die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache aus der Person seines Vorgängers (des abgewiesenen Klägers bzw. des verurtheilten Beklagten) entgegen; desgl. vor rechtskräftiger Entscheidung die Einrede der Rechtshängigkeit im Falle der Erhebung einer selbständigen Klage von seiner Seite (vgl. Förster (Eccius) I S. 760 Anm. A. M. Endemann II S. 26).

— „vollstreckbar" — ohne Weiteres, wenn das Urtheil bereits in Folge seiner Prozeßübernahme (nach Abs. 2 oder nach § 237) auf ihn selbst lautet; aber auch außer diesem Falle bedarf es zur Zwangsvollstreckung der Feststellung der Rechtsnachfolge mittels einer Klage auf Ertheilung der auf den Rechtsnachfolger zu stellenden Vollstreckungsklausel nur dann, wenn die Rechtsnachfolge weder bei dem Gerichte offenkundig ist, noch durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann (vgl. §§ 665—668, 671, 687, 704 Abs. 3). Dasselbe gilt auch von solchen, welche erst im Laufe des Prozesses nur den Besitz oder Gewahrsam der Streitsache von einer Partei überkommen haben; denn sie haben keinenfalls auf günstigere Behandlung Anspruch als wirkliche Rechtsnachfolger (vgl. z. B. Preuß. APO. I, 24 § 9, Entsch. d. OT. 56 S. 453). Die Entscheidung wirkt insoweit in rem.

Alles dies gilt, obwohl davon im Abs. 3 nicht die Rede ist, ebenso für als gegen den Rechtsnachfolger. Derselbe ist in dieser Hinsicht so anzusehen, als wenn er erst nach dem rechtskräftigen Urtheil erworben hätte [s. § 665, Württ. PO. Art. 327 Abs. 4, Mandry S. 242, Endemann II S. 27, Warmuth in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht V S. 60 ff., Wilm. Levy Anm. 4, Gaupp II S. 31, Seuffert S. 285, Wach I S. 621, Dernburg I S. 312, 328. A. M. Freudenstein, Rechtskraft S. 217]. Aber auch für und gegen den Rechtsvorgänger („auch") ist die Entscheidung wirksam und vollstreckbar. Vgl. § 73 Abs. 4 a. E.

4) Ebensowenig als der Rechtsnachfolger zur Uebernahme des Prozesses berechtigt ist, ist er dazu (wie nach d. Württ. PO. Art. 300, 327) auf Verlangen des Gegners, abgesehen von § 238, verpflichtet, soweit nicht ein materieller Grund dazu, z. B. in einem Kaufvertrage, besteht. Aus ähnlichen Gründen ist auch Art. 493 der Bayer. PO. nicht aufgenommen, welcher den Austritt des Auktors gestattet, sofern sich das Gericht überzeugt, daß der Gegner an dem Verbleiben kein Interesse habe.

5) Inwiefern der Veräußerer bez. Zedent zum Schadensersatz verpflichtet ist, regelt sich

§ 237. Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

N. Entw. § 201. Entw. I. § 216. Entw. II. § 224. Entw. III. § 229. Mot. S. 190. Prot. S. 79.

---

nach dem bürgerlichen Recht (vgl. Preuß. AGO. I 7 § 48c, Dernburg I § 132 S. 298 Anm. 8, § 247 S. 605 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 1 Abs. 2, A. Förster Anm. 2 u. A.).

§ 237.

1) In diesen Fällen, z. B. Grenzscheidungsklagen (so auch Endemann II S. 28, Gaupp II S. 36 und Petersen §§ 236—238 III 2. A. M. A. Förster Anm. 2a), konfessorischen und negatorischen Klagen, Hypothekenklagen, auch bei Klagen aus sog. affirmativen Rechten und den actiones in rem scriptae, aber nicht bei der actio locati (s. Arndt in Gruchot, Beitr. XXII S. 333, Förster (Eccius) I § 51 Anm. 17. A. M. Dernburg I S. 99 Anm. 12), ist gewissermaßen das Grundstück das berechtigte bzw. verpflichtete Subjekt und der Eigenthümer nur dessen Vertreter (s. Wetzell S. 44 Anm. 8). Ausnahmsweise (gegen die Regel des § 236 Abs. 2; vgl. auch § 64 Anm. 2) wird daher hier (wie nach N. E. § 201, Württ. PO. Art. 327 Abs. 3) die Berechtigung ohne Zustimmung des Gegners, ja auf dessen Antrag die Verpflichtung des Rechtsnachfolgers (s. über den Begriff § 236 Anm. 2) zur Uebernahme des Prozesses ausgesprochen, damit der anhängige Rechtsstreit zu Ende geführt werden bzw. zu einem den Erwerber bindenden Ergebnisse gelangen kann. Es wird dadurch auch mancher Streit über die Tragweite des Begriffs der res litigiosa vermieden. Vgl. § 72 Anm. 1, 2. Der Veräußerer scheidet aus und bleibt nur wegen der bis dahin erwachsenen Kosten verhaftet. Wegen der Ausnahmen s. § 238.

Ueber das Verfahren ist nichts bestimmt. Die Kommentare sind daher verschiedener Meinung, je nachdem die einen oder anderen Vorschriften entsprechend angewendet werden. Nach allgemeinen Grundsätzen (§ 119) erfolgt die Uebernahme nicht lediglich durch Schriftsatz, wie nach § 227 im Falle des § 217 oder alternativ entweder durch Schriftsatz oder in mündlicher Verhandlung (Sarwey I S. 356), sondern stets (wie im Falle des § 236) in der mündlichen Verhandlung (vgl. Gaupp II S. 39, Endemann II S. 29, Petersen § 238 III, Wilm.-Levy Anm. 5, Hellmann, Lehrb. S. 404, jetzt auch Seuffert § 238 Anm. 3); zu derselben hat der Rechtsnachfolger bzw. Gegner die beiden andern Betheiligten zu laden (§ 191). Beim Ausbleiben des Rechtsnachfolgers bzw. des Gegners im Termine kann Versäumnißurtheil in der Hauptsache verlangt werden (Endemann II S. 28 Anm. 3, Gaupp II S. 37, Wilm.-Levy Anm. 5, 6, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 114 u. A.).

Das Verfahren fällt unter den Begriff des Zwischenstreits (vgl. § 275 Anm. 1, Schollmeyer a. a. O.). Denn es handelt sich dabei nicht um einen selbständigen gesetzlichen Anspruch (Windscheid, Pand. I § 43), sondern um eine bloße, die Passivlegitimation des Rechtsnachfolgers im Hauptprozesse betreffende Zwischenfrage, auf welche das Gericht nach § 137 die Verhandlung einschränken kann. Ist der Antrag begründet, so ergeht also ein Zwischenurtheil. Ist der Dritte nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 237 oder steht ihm § 238 zur Seite, so erfolgt die Abweisung des Antrags durch Endurtheil (RG. XI S. 316).

Tritt der Rechtsnachfolger ein, so ist der Veräußerer zu entlassen. Wird Ersterer verurtheilt, so trägt er auch die Kosten, welche vor seinem Eintritt entstanden sind; doch bleibt nach allgemeinen Grundsätzen der Ausgeschiedene dem Gegner wenigstens dann für jene Kosten verhaftet, wenn dieser nicht das Ausscheiden veranlaßt hat. (Vgl. Seuffert § 238 Anm. 5, Siebenhaar S. 266, Gaupp a. a. O. A. M.: Petersen a. a. O., Sarwey I S. 357,

§ 238. Die Bestimmungen des §. 236 Absatz 3 und des §. 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder zedirt hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

N. Entw. § 202. Entw. I. § 217. Entw. II. § 225. Entw. III. § 230. Mot. S. 191, 192. Prot. S. 79.

Hellmann II S. 35, Wilm. Levy Anm. 5, A. Förster Anm. 3c.) — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 3, 28, GO. f. RA. §§ 20, 29.

Die Vollstreckbarkeit (§ 236 Abs. 3) ist von der Uebernahme nicht abhängig.

2) „Besitzer" — Der Ausdruck umfaßt auch das sog. dominium utile und abgeleitete Besitzverhältnisse, wie Erbpacht rc.

— „einem Dritten" — Dieser braucht nicht Besitzer eines Grundstücks zu sein.

§ 238.

1) Die vorliegende Einschränkung entspringt aus der Rücksicht auf Vorschriften, welche große Gebiete des bürgerlichen Rechts beherrschen und durchdringen. Als solche Vorschriften sind in den Mot. bezeichnet (im Anschluß an N. E. § 202):

a) die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen — nämlich diejenigen, welche auf dem Grundsatze „Hand wahre Hand" beruhen; vgl. Code civ. art. 2279 (En fait de meubles la possession vaut titre); HGB. Art. 306, 307 [ROHG. 19 S. 83, Goldschmidt, Handbuch des HR. I S. 802 ff., ders. in seiner Zeitschr. f. d. ges. HR. VIII S. 225 ff., IX S. 1 ff., Laband das. IX S. 269 ff., Fitting das. XVIII S. 337 ff., v. Hahn, Komm. z. HGB. 2. Aufl. II S. 141 ff., Anschütz und v. Völderndorff, Komm. z. HGB. III S. 145 ff.; vgl. noch RG. im RAnz. 1884 b. Beil. Nr. 4 S. 7 (Rechte gehören im Sinne des Art. 306 d. HGB. nicht zu den beweglichen Sachen)]; Preuß. ALR. I 2 § 138, 15 §§ 42 ff. (Lehrbücher von C. F. Koch I § 253, Förster (Eccius) III § 180, Dernburg, I § 188);
b) die Vorschriften über den Erwerb auf Grund des Grund- und Hypothekenbuchs, z. B. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 1, 4, 7, 9, 11, 18, 38 (GS. S. 433);
c) die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, z. B. Preuß. ALR. I 15 §§ 24—26, 44 (Koch a. a. O. §§ 239, 253, Förster a. a. O., Dernburg a. a. O.).

Die Kenntniß der Rechtshängigkeit schließt den guten Glauben nicht aus, (vgl. § 236 Abs. 1, Nordd. Prot. S. 776, Endemann II S. 29, Gaupp II S. 40).

„Soweit es nach diesen Vorschriften für den rechtsgültigen wirksamen Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Rechte des Auktors nicht ankommt, kann dem Erwerber auch der Umstand nicht entgegenstehen, daß der veräußerte Gegenstand oder der zedirte Anspruch im Streite befangen war" (Mot.).

Insoweit also der Erwerber nach den bezeichneten Bestimmungen selbständige Rechte hat, ist die Entscheidung gegen ihn weder wirksam noch vollstreckbar (vgl. § 665). Es bleibt nur die Haftung des Auktors (z. B. des Beklagten als is qui dolo desiit possidere). Soweit ferner nach jenen Vorschriften die Herausgabe der Sache nur gegen Erstattung des Erwerbspreises gefordert werden kann, kommt dies auch demjenigen zu statten, welcher eine litigiöse Sache erworben hat [Entsch. d. preuß. OT. 30 S. 204 (Präj. 2019), 35 S. 40; vgl. Dernburg I § 132, S. 298]. Mit der Einrede der Rechtskraft fällt auch die der Rechtshängigkeit weg (vgl. § 236 Anm. 3).

Nach dem Grundsatze des § 665 können die in § 238 gedachten Nachfolger ein zu Gunsten ihrer Vorgänger ergangenes Urtheil für sich benutzen (Wilm. Levy Anm. 1; vgl. § 665 Anm. 1).

Um Kollisionen mit den Vorschriften unter b und c zu vermeiden, ist der § 238 auch auf die Bestimmung des § 237 ausgedehnt (Nordd. Prot. S. 571). Der Grundsatz des § 237 reicht auch hier eben nur soweit, als nach Maßgabe des Sachenrechts in der That eine bloße Rechts-

§ 239. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des §. 190 mit der Erhebung der Klage ein.

N. Entw. § 203. Entw. I. § 218. Entw. II. § 226. Entw. III. § 231. Mot. S. 188, 189. Prot. S. 79.

---

nachfolge stattfindet, welche Dasein und Umfang des erworbenen Rechts in voller Abhängigkeit von dem Rechte des Auktors läßt. Auch hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsnachfolgers zum Eintritt ist die Anwendung des § 237 sowohl nach der Fassung des § 238 als auch aus dem inneren Grunde ausgeschlossen, weil es gegen allgemeine Grundsätze verstoßen würde, dem Gegner eine Partei aufzudringen, welche Rechte, die von denjenigen des Autors unabhängig sind, geltend machen kann (Gaupp II S. 41, 42, Endemann II S. 30, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 236—238 IV 2, Seuffert Anm. 3. A. M.: früh. Aufl., Hellmann II S. 137).

2) Eine besondere Bestimmung für den Fall einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Klägers enthält Satz 2.

> „Gegen den Kläger, welcher veräußert oder zedirt hat, gewährt dem Beklagten die Schlußbestimmung des § 238 den der juristischen Sachlage entsprechenden Schutz" (Mot.).

Ein Beispiel s. bei Warmuth in Hauser, Zeitschr. V S. 62 Anm. 19.

— „zedirt" — Dies bezieht sich vorzugsweise auf Grundschuld- und Hypothekenbriefe (vgl. § 723), nicht auf Wechsel, da bei diesen dem Zessionar (nicht Indossatar) alle Einreden aus der Person des Zedenten entgegengesetzt werden können (A. M. Sarwey I S. 361); für diese trifft, wie für Inhaberpapiere, der Ausdruck „veräußert" zu. (So auch Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 4.)

Die Folge ist die Abweisung des Klägers. Hierin liegt eine Abweichung von dem Grundsatze des § 236 Abs. 2 Satz 1 (Wilm. Levy Anm. 2), während es bei letzterem, sobald der Beklagte veräußert, auch im Falle des § 238 bewendet und Abs. 1 sowie Satz 2 und 3 des Abs. 2 durch § 238 überhaupt nicht berührt werden (vgl. Anm. 1, Siebenhaar S. 269 u. A.).

§ 239.

1) Abgesehen von den §§ 235—237, unter denen nur die §§ 236 und 237 in das materielle Recht eingreifen, hat die CPO. über die Wirkungen der Rechtshängigkeit nichts bestimmt und läßt die in dieser Beziehung (anders hinsichtlich des Eintritts der Rechtshängigkeit — RG. IX S. 68) bestehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts unberührt. Solche Vorschriften finden sich in negativer und in positiver Richtung, und zwar in letzterer sowohl behufs Sicherung der Verurtheilung als bezüglich des Umfangs der letzteren, z. B. hinsichtlich der Konsumtion des Klagerechts, der Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen (Siebenhaar S. 271 ff.), des Uebergangs rein persönlicher Forderungen auf die Erben, des Eintritts von Rechtsnachtheilen ähnlich den Folgen der mala fides und der mora (vgl. Seuffert, Arch. 40 Nr. 97 — OLG. Jena), hinsichtlich der Verjährung, der Prozeßzinsen (RG. II S. 176), der Haftung desjenigen, qui dolo desiit possidere usw. (Eine Uebersicht s. bei v. Savigny, System d. RR. VI S. 48 ff., Förster (Eccius) I § 51 S. 285 ff., Kroll, Klage u. Einrede S. 199 ff., A. Förster Anm. 2.) Dieselben sind indessen häufig ausdrücklich nicht sowohl an die Rechtshängigkeit als an gewisse Handlungen des Klägers oder des Beklagten, z. B. die gerichtliche Anmeldung der Klage (Preuß. ALR. I 9 § 551, Sächs. bürg. Ges.-B. § 163 2c.), die Mittheilung (Insinuation, Behändigung) derselben (WO. Art. 80, ALR. I 9 § 603, I 7 § 222 2c.), die Einlassung des Beklagten (Litiskontestation), geknüpft [vgl. Förster (Eccius) I § 57 Anm. 55]. Um diese Rechtsverschiedenheit und die damit verbundenen Kontroversen zu beseitigen, und weil durch Zustellung der Klageschrift der Beginn des Rechtsstreits in einer beide

Parteien verpflichtenden Weise festgestellt werde (§ 235 Anm. 1), läßt, wie die Mot. bemerken, die CPO. — unbeschadet der an gewisse Zustellungsarten geknüpften besonderen Vorschriften des § 190 — entsprechend den Bedürfnissen der Praxis, den Ansichten der hervorragendsten Theoretiker (vgl. Savigny a. a. O. S. 237 ff., Arndts, Pand. § 113, Wetzell S. 134, 135, Renaud §§ 73, 74, Planck in Krit. Vierteljahrsschrift IV S. 241, Bülow im civ. Arch. 62 S. 23 Anm. 18, Wach in Grünhut, Zeitschr. VII S. 141; s. auch die Kritik von Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 733 ff. u. A.; theilweise abweichend Windscheid, Pand. I §§ 124—126, bes. § 126 Anm. 5—7), den neueren Gesetzgebungen (Hann. PO. § 190, Bayer. PO. Art. 179, Württ. PO. Art. 328) sowie dem H. E. § 251 u. N. E. § 203, alle jene materiellen Wirkungen gleich den prozessualen mit der Erhebung der Klage (s. § 4 Anm. 1) oder dem sonstigen Eintritt der Rechtshängigkeit (s. § 235 Anm. 1) eintreten; vgl. EG. z. CPO. § 13 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3. (Vgl. jedoch Aschrott in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 618 ff., welcher die Unterbrechung der Verjährung und andere materiellrechtliche Wirkungen der Klagerhebung nicht als Wirkungen der Rechtshängigkeit ansieht, obwohl Abs. 1 des § 239 offenbar Wirkungen der Klagerhebung und Wirkungen der Rechtshängigkeit als identisch betrachtet.)

Die Streitverkündung (§ 69) hat auch im Gebiete des Preuß. ALR. (wie in dem des gem. u. rheinischen Rechts — vgl. RG. X S. 390, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 181, im RAnz. 1884 b. Beil. 1 S. 6 ff.) nicht mehr die Wirkung, die aufhebende Verjährung zu unterbrechen (Küntzel in Gruchot, Beitr. XXI S. 471 ff., 517 ff., Petersen § 239 Nr. 1, Förster (Eccius) I § 57 S. 348 Anm. 55, Koch ALR. 8. Aufl. S. 619. A. M.: Dernburg I S. 395 Anm. 17, A. Förster § 71 Anm. 4, Seuffert § 71 Anm. 6 u. A.). Anders nach Art. 80 WO., welcher in dieser Beziehung nicht geändert ist (s. EG. z. CPO. § 13 Abs. 3, RG. X S. 293, Schmidt in Busch, Zeitschr. I S. 107). — Eine besondere Vorschrift hinsichtlich der Ladung zum Sühnetermin in Ehesachen s. in § 571 Abs. 2. Nach KO. § 13 unterbricht für Konkursforderungen auch die Anmeldung derselben im Konkursverfahren die Verjährung.

2) Die prozessualen Wirkungen der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache (vgl. z. B. §§ 39, 241, 243 Abs. 1, 247 Abs. 3, 476 Abs. 1) werden selbstverständlich durch § 239 nicht berührt. (Das Wesen der Einlassung nach d. CPO. erblickt, entsprechend der gemeinrechtlichen Litiskontestation, Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 28 ff. in der Feststellung der Parteien, nicht allein daß, sondern auch worüber sie streiten wollen. Vgl. dagegen mit Recht Endemann in Böhlau, Mag. V S. 154 ff., welcher nachweist, daß die Einlassung mit der Litiskontestation nicht identisch sei.)

3) Die Vorschrift des gemeinen Rechts, daß qui liti sese obtulit als wirklicher Besitzer hafte (vgl. Windscheid, Pand. I § 125 Anm. 2), enthält zwar eine materiell-rechtliche Wirkung der Einlassung des Beklagten, aber nicht, weil letztere die Streiteröffnung ist, sondern weil durch sie der Anspruch des Klägers vom Beklagten in doloser Weise bestritten wird; diese Wirkung bleibt daher ungeachtet der allgemeinen Fassung des § 239 nach wie vor an die Einlassung geknüpft, wie sie auch der Natur der Sache nach nicht auf den Zeitpunkt der Klagerhebung vorgerückt werden kann (Mandry S. 238 Anm. 10, Seuffert Anm. 2 a. E., Gaupp II S. 42, Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 261, Birkmeyer a. a. O. S. 27, Endemann a. a. O. S. 161, welcher mit Recht hervorhebt, daß die Einlassung nicht eigentlich als Grund der Wirkung, sondern als ein Moment der Unterscheidung für das dolose Verhalten des Beklagten in Betracht komme).

Ebenso bleibt durch § 239 der Grundsatz unberührt, wonach gewisse im Laufe des Prozesses bis zum Urtheil (d. h. nach § 251 bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht) eingetretene materielle Veränderungen, z. B. der Erwerb des Besitzes durch den Beklagten, die eingetretene Fälligkeit der Forderung, der Eintritt der Bedingung u. s. w., Berücksichtigung verdienen (s. Windscheid, Pand. I § 128 Anm. 5, Förster (Eccius) I § 51 Anm. 12, Bähr, Urth. S. 153, Kroll a. a. O. S. 213, Förster (Thorn) in Busch,

§ 240. Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes

1. die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;
2. der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;
3. statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

N. Entw. § 204. Entw. I. § 219. Entw. II. § 227. Entw. III. § 232. Mot. S. 187, 188. Prot. S. 79, 542.

Zeitschr. VIII S. 128 ff., RG. I S. 425, VIII S. 415, ferner in Seuffert, Arch. 39 Nr. 145 u. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 115; Seuffert, Arch. 37 Nr. 151, 152; abweichend OLG. Celle das. Nr. 153, wo auch die ältere Rechtsprechung angegeben ist).

4) In Betreff der Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Klage vor einem unzuständigen Richter weicht das gem. Recht (vgl. L. 7 Cod. ne de statu [7, 21]) von dem preuß. Recht ab, dessen Vorschriften (ALR. I 9 §§ 552, 553) übrigens durch die Beseitigung der Abweisung der Klage per decretum modifizirt sind (s. Windscheid, Pand. I § 108 Anm. 6, Savigny a. a. O. V S. 321 u. A. A. M. übrigens aus sehr beachtenswerthen Gründen Hellmann im civ. Arch. 66 S. 204 ff.; bes. S. 212 ff.; über preuß. Recht s. Förster (Eccius) I S. 359, Dernburg I S. 394). Wegen des französ. Rechts s. Code civ. art. 2246. Wegen der Unterbrechung der Klage-Verjährung nach erfolgter Abweisung angebrachtermaßen s. das (sehr anfechtbare) Urtheil d. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 37 Nr. 159 und die dort angeführte Rechtsprechung.

§ 240.

Literatur über Klagänderung: Verhandl. d. 12. D. Juristentags II S. 266 ff., 332 ff., des 13. D. Juristentags I S. 216 ff., II S. 300 ff., 430 ff., Kleinschrod: Ueber d. Klagänderung. Erlangen 1879 (s. die Kritik dieser Schrift von Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 374 ff.), Wach, Vortr. S. 140 ff., Fitting im civ. Arch. 61 S. 422 ff., Schwalbach das. 63 S. 409, Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 395 ff., Hellmann, Lehrb. S. 400 ff. Vgl. § 235 Anm. 6.

1) Zwischen der Zurücknahme der Klage, welche nur bis zur Einlassung des Beklagten zulässig, und der „Aenderung der Klage", d. h. Aenderung des Klaggrundes, des Gegenstandes oder (damit zusammenfallend) des Antrags (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 342), welche nach der Erhebung der Klage nicht mehr zulässig ist (§§ 235, 243), liegen solche Berichtigungen und Ergänzungen oder Einschränkungen der Klage, welche das Gesetz nicht als „Aenderung der Klage" (mutatio libelli) betrachtet wissen will. Ein freigestaltetes mündliches Verfahren kann (nach den Mot.) in dieser Beziehung weiteren Spielraum lassen, um die Zahl der Prozesse zu vermindern und die bisher üblichen Abweisungen in angebrachter Art einzuschränken; die CPO. hat daher im Anschlusse an die meisten neueren Prozeßgesetze und Entwürfe jene Modifikation der Klage soweit zugelassen, als es ohne Schädigung der Interessen des Beklagten geschehen kann. Vgl. §§ 235 Anm. 6, 290.

Auf die Widerklage (vgl. §§ 251, 253, 254) finden die §§ 240—242 entsprechende Anwendung. (So auch Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 143, Seuffert §§ 235 Anm. 3e, 240 Anm. 5, 242 Anm. 3, Petersen § 240 Nr. 5, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M.: Gaupp II S. 49, Endemann II S. 54, Hellmann II S. 44, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 68, Kleiner II S. 56 wegen § 254, der jedoch über die Zulässigkeit einer Aenderung nicht entscheidet, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 363 ff., besonders wegen § 251, aus welchem jedoch auf die Zulässigkeit einer beliebigen Aenderung bis zu dem dort angegebenen Zeitpunkte nicht zu schließen ist.) Auch auf die Kompensationseinrede ist eine entsprechende Anwendung aus der Behandlung

derselben in der CPO. (§§ 235 Anm. 1, 3; 293) zu rechtfertigen (vgl. auch Schollmeyer, Kompens. S. 105 ff. wegen seiner Auffassung derselben als unentwickelte Widerklage. A. M.: A. Förster Anm. 7, Wilm. Levy Anm. 1).

2) — „ohne Aenderung des Klagegrundes“ — Vgl. § 230 Nr. 2. Beispiele: s. RG. VII S. 416, X S. 395, RG. in Blum, Urth. u. Anm. II S. 103 usw. Aenderung des Klagegrundes [z. B. die sog. Antistrephuse (Siebenhaar S. 277), Miteigenthum statt Servitut (Seuffert, Arch. 33 Nr. 262), Paullianische Klage statt Simulation (ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 177) ꝛc.] enthält also stets eine Aenderung der Klage, welche ohne Einwilligung des Beklagten unzulässig ist, ohne daß es (wie nach P. E. § 232 Nr. 2) darauf ankommt, ob die Aenderung des Klagegrundes eine Aenderung der Rechtsvertheidigung bedingt, was auch vom Richter oft schwer zu beurtheilen ist. Eine Ausnahme gilt in Ehesachen (§ 574). Sind mehrere Klagegründe kumulirt (§ 137), so kann keiner geändert werden. Ob eine Aenderung des Klagegrundes vorliegt, ist nach Civilrecht zu beurtheilen und zuweilen sehr zweifelhaft. Einigen Anhalt gewährt der Satz: Die Klagänderung ist (wie die Bad. PO. § 354 ausdrücklich bestimmt) als vorhanden anzusehen, wenn eine rechtskräftige Abweisung die Einrede der entschiedenen Sache gegen die veränderte Klage nicht begründen würde. (Vgl. Prot. S. 592, Fitting a. a. O. S. 422, Sarwey I S. 363, Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXIII S. 376, RG. im R.Anz. 1885 b. Beil. S. 437, ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 90, OLG. Rostock das. Nr. 178. Weit mehr beschränken den Begriff der Klageänderung in Konsequenz ihrer Auffassung des Klagegrundes (vgl. § 230 Anm. 4) Petersen §§ 240—242 I 2, in Busch, Zeitschr. III S. 395 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 678 ff., Seuffert Anm. 2 u. 3.)

Hinsichtlich der sog. Sachlegitimation und des speziellen Erwerbsgrundes vgl. § 230 Anm. 4, 5. Da beide zur Individualisirung des Klagegrundes gehören, so können sie nicht ohne Einwilligung des Beklagten geändert werden, während in Fällen, in welchen in der Klageschrift die Angabe eines speziellen Erwerbsgrundes gänzlich fehlt, in der nachträglichen Angabe eine Ergänzung liegt. (So Struckmann in Busch, Zeitschr. III S. 241 Anm. 17, Francke in Böhlau, Mag. II S. 205 ff., Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 172, RG. X S. 434 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 145, OLG. Celle, Hamburg, Jena das. 37 Nr. 155, 39 Nr. 144, 41 Nr. 65. A. M.: einerseits Gaupp II S. 48, welcher auch für diesen Fall eine Klagänderung annimmt, und Westerburg: Beitr. z. Lehre vom Urtheil S. 22, andererseits Förster (Eccius) I § 50 S. 277, welcher niemals in der bloßen Angabe eines anderen Entstehungsgrundes eine Klagänderung findet; ebenso Petersen §§ 240—242 I 2 u. Seuffert a. a. O.) Ersteres gilt selbstverständlich auch von den Parteien und dem Gegenstande der Klage (abgesehen von Nr. 3).

Die rechtsverletzenden Thatsachen (actio nata) gehören nicht im Sinne des § 240 zum Klagegrunde und können ebenso wie der Gegenstand (Nr. 3) geändert werden (vgl. Bähr, Urth. S. 153 ff.). Wegen der Feststellungsklage vgl. Anm. 4.

3) Nr. 1: vgl. §§ 121 Nr. 3, 230 Nr. 2. Beispiele s. bei Siebenhaar S. 274, 275, RG. VII S. 416, Seuffert, Arch. 33 Nr. 335 — O.T. Berlin, 39 Nr. 178 — OLG. Rostock. (Vgl. auch Struckmann a. a. O. S. 234 ff., Förster (Eccius) I S. 314.)

4) Nr. 2: vgl. § 230 Nr. 2. Die Hauptbedeutung liegt in der Zulassung der Erweiterung der Sachbitte, und zwar auch in der Hauptsache. Die Ausdrücke „Erweiterung“ und „Beschränkung“ sind in weiterem Sinne zu nehmen (vgl. § 253) und beziehen sich nicht bloß auf quantitative Unterschiede (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 342). In Betreff der Erweiterung des Anspruchs bei der von dem Konkursverwalter aufgenommenen Anfechtungsklage eines Gläubigers s. Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 Abs. 2 (RGBl. S. 277). Eine Ergänzung von Amtswegen (wie nach Preuß. AGO. I 23 § 58) findet nicht statt (vgl. § 279). Eine besondere Art der Erweiterung s. in § 253. Der Uebergang der Feststellungsklage in die Erfüllungsklage ist nicht unstatthaft, wenn (vgl. Nr. 3) im Laufe des Prozesses der Anspruch zur Erfüllung reif wird

§ 241. Die Einwilligung des Beklagten in die Aenderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

N. Entw. § 205. Entw. I. § 220. Entw. II. § 228. Entw. III. § 223. Mot. S. 187, 188. Prot. S. 79.

(Bähr, Urth. S. 155 ff., Rocholl, Rechtsfälle S. 394 ff., Schollmeyer, Kompens. S. 156; vgl. auch Seuffert Anm. 3d, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 87).

5) Nr. 3: — „wegen einer später eingetretenen Veränderung" — z. B. wenn nach Erhebung der Klage die anfänglich geforderte Leistung unmöglich wird und nur das Interesse gefordert werden kann (vgl. Bähr a. a. O. S. 154). Die Worte sind nicht bloß auf „ein anderer Gegenstand", sondern auch auf „das Interesse" zu beziehen (so auch Seuffert Anm. 3 f. u. A. A. M. Brinkmann a. a. O. I S. 6 Anm. 20). Auch abgesehen von Nr. 3 ist es zulässig, unter Zurücknahme des Prinzipalantrags den eventuellen Antrag auf Interesseleistung allein aufrecht zu erhalten (RG. X S. 418).

6) Nr. 2 u. 3 gelten auch in der Berufungsinstanz ebensowenig als Klageänderung wie Nr. 1 (§ 491 Abs. 2 u. Anm. 6, RG. IV S. 248).

Wegen des Urkundenprozesses s. § 555 Anm. 4.

Wegen des Einflusses einer Erweiterung des Klagantrags auf die amtsgerichtliche Zuständigkeit vgl. § 467, auf die der Kammern für Handelssachen GVG. § 105. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit gelten die allgemeinen Regeln (Seuffert § 241 Anm. 2 u. A.).

7) Widerspricht der Beklagte der Klageänderung (§ 241), so wird dieselbe nicht berücksichtigt und auf die ursprüngliche Klage erkannt, sofern nicht in der ersteren eine (stillschweigende oder ausdrückliche) Zurücknahme der letzteren enthalten ist (Puchelt II S. 30, Seuffert § 241 Anm. 2, Osterloh a. a. O. S. 875 u. A.; vgl. Westerburg a. a. O. S. 51 ff.). Die neue Klage wird angebrachtermaßen abgewiesen (Westerburg S. 57, Kroll a. a. O. S. 75 u. A.). Die Verhandlung über den Widerspruch kann nach § 137 getrennt und darüber durch Zwischenurtheil (§ 275) entschieden werden. Vgl. § 242 Anm. 2.

§ 241.

1) Vgl. § 235 Anm. 5, 6, § 239 Anm. 2.

Die Annahme einer solchen stillschweigenden Einwilligung ist (mit Rücksicht auf die erforderliche Ordnung des Verfahrens) unwiderleglich (eine praesumtio juris et de jure). [Vgl. Bülow im civ. Arch. 62 S. 47, welcher mit Recht hervorhebt, daß das Schweigen selbst ohne Rücksicht auf einen zu Grunde liegenden Willensentschluß das Entscheidende sei. S. auch Petersen §§ 240—242 II u. in Busch, Zeitschr. II S. 175, Westerburg a. a. O. S. 53 ff. A. M. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 1 ff.) Die Einrede, daß eine Aenderung der Klage vorliege, gehört, wenngleich sie die Prozeßvoraussetzungen betrifft, doch nicht zu den prozeßhindernden (§ 247), befreit also nicht von der eventuellen Einlassung. (A. M.: Bolgiano S. 47 ff., Meyer a. a. O.; vgl. dagegen Westerburg a. a. O. S. 51 ff., Petersen a. a. O. S. 173 ff., Wilm. Levy § 240 Anm. 1, Seuffert Anm. 1 u. A.) Indessen ist der Antrag, die abgeänderte Klage abzuweisen, selbstverständlich keine Einlassung auf dieselbe (vgl. Wilm. Levy Anm. 2).

2) Ueber den Begriff der Einlassung s. § 239 Anm. 2. Das Vorschützen einer prozeßhindernden Einrede ist keine Einlassung auf die Klage (s. § 247 Abs. 1) und schließt daher eine stillschweigende Einwilligung nicht in sich. (So auch Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 240—242 II u. a. a. O. II S. 173 ff., III S. 207 ff., Gaupp II S. 50, Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 37, 47 ff. u. A. A. M.: Endemann II S. 34 Anm. 2 u. in Bödiker, Mag. V S. 168 ff., Sarwey II S. 365, Osterloh a. a. O. S. 85 ff.)

Wegen Klagänderung im Versäumnißverfahren vgl. § 300 Anm. 4, Seuffert § 240 Anm. 4.

§ 242. Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 541—543.

§ 243. Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

---

§ 242.

1) Die Bestimmung ist von der RTK. bei der zweiten Lesung eingeschaltet. Man hielt die Frage, ob eine Klagänderung vorliege, nicht für wichtig genug, um im Verneinungsfalle eine ausführliche Verhandlung und vielleicht Beweisaufnahme der ersten Instanz von der zweiten für vergeblich erklären zu lassen, und erachtete es für unbedenklich, wenigstens in dieser Ausdehnung den auf Einschränkung der Streitigkeiten über das Vorhandensein einer Klagänderung gerichteten Bestrebungen Rechnung zu tragen. (Vgl. Verh. d. D. Juristentags a. a. O.).

2) „Anfechtung der Entscheidung" — d. h. wenn in erster Instanz die Einrede der Klagänderung erhoben und verworfen ist, ist diese Frage der Prüfung durch den Richter entzogen, auch wenn die Anfechtung nicht mittels selbständigen Rechtsmittels geschieht (RG. IV S. 117, 412 u. im R. Anz. 1880 d. Beil. 15 S. 2, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 83). Ebenso ist aber nach der allgemeinen Fassung der §§ 242, 485 eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in der Berufungsinstanz, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, durch Revision nicht anfechtbar (RG. III S. 371, 415, IV S. 391. A. M. Westerburg a. a. O. S. 57 Anm. 2). Ob die Verwerfung durch Zwischenurtheil (§ 275 Anm. 1) oder (selbst stillschweigend) im Endurtheil erfolgt ist, ist unerheblich. (Westerburg S. 59 ff. hält mit Unrecht eine Verwerfung durch Zwischenurtheil für unzulässig. S. dagegen Petersen in Busch, Zeitschr. II S. 174, Gaupp II S. 50, 51, A. Förster Anm. 3, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 81, Fitting S. 123 Anm. 5, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 87 u. A.) Der Einwand bildet zwar nicht ein selbständiges Vertheidigungsmittel (so Wilm. Levy § 240 Anm. 1, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 143), wohl aber einen prozessualischen Streitpunkt, da er sich gegen die augenblickliche Geltendmachung des Anspruchs, nicht gegen den Anspruch selbst richtet. [Osterloh a. a. O. hält auch eine Entscheidung durch bloßen Beschluß für zulässig, was jedoch der Natur dieses Einwandes widerspricht (vgl. § 275) und mit der irrigen Ansicht zusammenhängt, daß überhaupt über selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel und über Zwischenstreitigkeiten durch Beschluß entschieden werden könne.] Der Ausdruck „Entscheidung" ist mit Rücksicht auf das gleichfalls zulässige Endurtheil gewählt. Die Vorschrift des § 242 führt zu einer eigenthümlichen Rechtskraft eines Entscheidungsgrundes.

3) Wird die Einrede in erster Instanz für durchgreifend erachtet — häufig, aber nicht nothwendig wird alsdann Abweisung der Klage auszusprechen sein (§ 240 Anm. 7) — so sind alle Rechtsmittel unbeschränkt zulässig.

§ 243.

Literatur: Lasker in Gruchot, Beitr. XXV S. 614 ff., Schultzenstein das. XXVII S. 229 ff., Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 2, Birkmeyer, Rechtsfälle aus der Praxis des RCiv.Proz. rc. Wismar 1883 S. 1 ff.

1) Der § 243 regelt nur die einseitige Zurücknahme der Klage durch den Kläger (Abstandnahme des Klägers vom Prozesse, Verzicht desselben auf die Instanz, renuntiare liti). Er findet auf Widerklagen und Präjudizial-Inzidentklagen (§ 253) entsprechende Anwendung (vgl. auch Petersen § 243 Nr. 1, Endemann II S. 54, 60, Wilm. Levy § 240 Anm. 1,

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urtheil auszusprechen.

Wird die Klage von neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

N. Entw. §§ 371–373. Entw. I. § 221. Entw. II. § 229. Entw. III. § 234. Mot. S. 192. Prot. S. 79.

Seuffert Anm. 6 u. A. A. M.: Hellmann II S. 47, Gaupp II S. 84, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 365), ebenso auf die Gegenforderung (Schollmeyer, Kompens. S. 105 ff.). Eine andere Anwendung s. in § 105 Anm. 3 u. im Art. 223 Abs. 2 d. HGB. in d. Fassung d. Ges. v. 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123).

Dieselbe Frage wiederholt sich bei der Zurücknahme der Berufung, der Revision und des Einspruchs.

Beruht die Zurücknahme auf einer Uebereinkunft beider Parteien, so liegt, wie auch die Mot. hervorheben, ein Vertrag vor, hinsichtlich dessen die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Verträge maßgebend sind (Nordd. Prot. S. 434, Schultzenstein a. a. O. S. 229, Seuffert Anm. 7. A. M. Wilm. Levy a. a. O., welche auch hier § 243 anwenden wollen).

2) Die Zurücknahme der Klage bildet den Gegensatz zu dem Verzichte auf den geltend gemachten Anspruch (renuntiare causae — § 277); erstere ist prozessualischer Natur und läßt den Anspruch selbst unberührt (vgl. jedoch Anm. 6), letzterer bezieht sich auf das materielle Recht (vgl. Wetzell S. 550). Die Prozeßvollmacht kann nur in Bezug auf letzteren beschränkt werden (vgl. §§ 77, 79).

3) — „ohne Einwilligung des Beklagten" — Dieser hat also bis zu dem im Abs. 1 angegebenen Zeitpunkte kein Widerspruchsrecht. Mit Einwilligung des Beklagten kann die Zurücknahme bis zur Rechtskraft des Urtheils erfolgen. (So auch Schultzenstein a. a. O. S. 234 ff., dessen Gründe aber nicht durchweg zu billigen sind.)

4) „Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache" — Im Gegensatz dazu steht die Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden, welche nach § 247 Abs. 1 der Beklagte in der Regel vor seiner Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen hat. Im Falle des Vorbringens solcher Einreden kann also der Kläger noch nach Erledigung derselben die Klage zurücknehmen. Hat dagegen der Beklagte in Gemäßheit des § 247 Abs. 3 ausnahmsweise nach dem Beginne seiner mündlichen Verhandlung zur Hauptsache noch prozeßhindernde Einreden geltend gemacht, so wird hierdurch dem Kläger das Recht zur Zurücknahme der Klage nicht wieder erworben, weil er dasselbe nach Abs. 1 des § 243 nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache [nicht gleichbedeutend mit der gemeinrechtlichen Litiskontestation (vgl. Endemann in Bödiker, Mag. V S. 163 ff.); wohl aber mit „Einlassung" in Abs. 4 u. § 241 (vgl. Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 44)] ausüben kann. Der N. E. § 371 gestattet ihm abweichend hiervon die Zurücknahme bis zum Schlusse der (ersten) Hauptverhandlung. [Die Ansicht von Schultzenstein a. a. O. S. 252 ff., bes. 264 ff., daß in einem zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumten Termine die Zurücknahme von neuem bis zum Vortrage des Beklagten zulässig sei, ist nicht nur dem Wortlaut des Abs. 1 widersprechend, sondern auch mit dem Grundsatze der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung (vgl. § 119 Anm. 6) und der Absicht des Gesetzes, daß der Kläger durch die einseitige Zurücknahme dem Beklagten nicht — z. B. durch Geständniß — erworbene Rechte entziehen soll, unvereinbar und kann durch die von Sch. angeführten zahlreichen, aber unzutreffenden Analogieen nicht gerechtfertigt werden. Seine Gründe führen konsequenterweise dahin, die einseitige Zurücknahme bis zum Schlusse der Verhandlung zuzulassen, was aber eben das Gesetz nicht will. Vgl. auch Schwalbach a. a. O. S. 161, A. Förster Anm. 3 a. E., Wilm. Levy Anm. 2.] Ueber den Begriff der Verhandlung s. § 298 Anm. 1.

Ein Streit über die Zulässigkeit der Zurücknahme ist ein Zwischenstreit, die Entscheidung, welche die Zurücknahme für zulässig erklärt, ein Endurtheil, die entgegengesetzte ein Zwischenurtheil.

5) Abs. 2: Die Zurücknahme erfolgt entweder — auch beim Ausbleiben des Beklagten — in der mündlichen Verhandlung (Feststellung zu Protokoll auf Antrag — vgl. §§ 146 Nr. 2, 270, Seuffert Anm. 4, Petersen § 243 Nr. 2, Sarwey I S. 366 u. A.), oder schriftlich in der regelmäßigen Form der Zustellung eines Schriftsatzes (vgl. auch RG. VII S. 357). Einer Annahmeerklärung von Seiten des Beklagten bedarf es nicht (Norbd. Prot. S. 435, 436). Die bloße Anzeige, befriedigt zu sein, hat nicht die Wirkung der Zurücknahme und berechtigt nicht zur Rückforderung des Kostenvorschusses (vgl. § 87 Anm. 1 Abs. 2, Seuffert, Arch. 36 Nr. 302). Die Unterlassung der Niederlegung einer Abschrift (nebst Abschrift der Zustellungsurkunde — s. Uebel I S. 229) auf der Gerichtsschreiberei hat für den Kläger in der Sache nachtheilige Folgen nicht (vgl. § 124). Der anstehende Termin wird trotz der Anzeige, daß die Klage zurückgenommen sei, in Ermangelung einer Vereinbarung (§ 205) nicht aufgehoben, schon weil möglicherweise noch über die Kostenpflicht zu verhandeln ist. Erscheint der Kläger nicht, so kann der Beklagte in der Hauptsache das Versäumnißurtheil beantragen, wenn die Niederlegung einer Abschrift der Zustellungsurkunde nicht erfolgt ist und die Zustellung vom Beklagten bestritten oder vielmehr nicht behauptet wird, da alsdann für das Gericht nicht feststeht, ob die Zustellung des die Zurücknahme enthaltenden Schriftsatzes an den Beklagten erfolgt ist (Gaupp II S. 54 Nr. IV, Lasker a. a. O. S. 614 ff.; vgl. auch RG. VI S. 364. A. M.: Wilm. Levy Anm. 3 a. E., Schwalbach a. a. O. S. 263 Anm. 12, Seuffert Anm. 5a, welcher die dem Gericht bekannte Zurücknahme von Amtswegen berücksichtigen läßt, auch in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 478 ff.). Es steht dem Beklagten jedoch frei, unter Anführung der Zurücknahme lediglich bezüglich der Tragung der Kosten nach Abs. 3 das Versäumnißurtheil zu beantragen (vgl. §§ 296, 312 Abs. 2 u. Anm. 3; RG. VI S. 367, Petersen § 243 Nr. 2. A. M.: Birkmeyer a. a. O. S. 2, 15 ff., 36 ff., Hellmann, Lehrb. S. 619, Seuffert Anm. 5b u. in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 481, welcher sowohl die Analogie aus § 296 wie aus § 312 Abs. 2 bekämpft). Dagegen kann der erschienene Kläger gegen den ausgebliebenen Beklagten ein Versäumnißurtheil nicht beantragen, weil Ersterem gegenüber durch die Niederlegung der Abschrift des Schriftsatzes, welche erst nach der Zustellung erfolgt, dessen Zustellung und damit die Zurücknahme feststeht. (Vgl. Schwalbach a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 620. A. M.: Lasker a. a. O. S. 616 u. aus anderen Gründen Seuffert a. a. O. S. 486. Jenen Unterschied in der Lage des Klägers und des Beklagten beachtet nicht Birkmeyer a. a. O. S. 37.)

6) Abs. 3: Folge der Zurücknahme ist, „daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist". Die Zurücknahme beseitigt demnach, wie auch die Mot. hervorheben, nicht nur die prozessualischen (§ 235), sondern auch die materiellrechtlichen (§§ 236—239) Wirkungen der Rechtshängigkeit, insbesondere die Unterbrechung der Klageverjährung [vgl. Wach, Vortr. S. 14, Förster (Eccius) I § 57 S. 351, Mandry S. 245 ff.; anders Dernburg I § 131 Anm. 10 u. Hellmann, Lehrb. S. 408, weil die Unterbrechung hier nicht in der Anhängigmachung der Klage, sondern in der Thatsache der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs beruhe (vgl. § 239 Anm. 1)], so daß kraft Gesetzes die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sie sich vor Erhebung der Klage befand (Norbd. Prot. S. 436). Demnach gilt auch ein vom Beklagten durch Einrede geltend gemachter Anspruch nicht mehr als anhängig (Norbd. Prot. S. 794). (Selbstverständlich ist hierbei, worauf Kleiner II S. 61 Anm. 8 aufmerksam macht, eine mit Einwilligung des Beklagten nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache erfolgte Klagezurücknahme vorausgesetzt.) Anders die Widerklage, wenn sie bereits in der mündlichen Verhandlung erhoben ist (OLG. Karlsruhe in Busch VII S. 347); diese bleibt anhängig (vgl. §§ 33 Anm. 3, 277 Anm. 2, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 22 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert § 33 Anm. 3, A. Förster

§ 244. Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

N. Entw. § 405. Entw. I. § 222. Entw. II. § 230. Entw. III. § 235. Mot. S. 192, 193. Prot. S. 79.

Anm. 8 u. A. A. M.: Lippmann im civ. Arch. 65 S. 362, 388 ff., Sarwey I S. 366). Eine neue Widerklage kann jedoch nach Zurücknahme der Klage nicht erhoben werden (ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 239). Auch der Widerkläger hat übrigens bis zur Einlassung des Widerbeklagten das Recht zur Zurücknahme (N. E. § 206 Abs. 2, Seuffert Anm. 6, Endemann II S. 54, Löning a. a. O. S. 143 u. A. A. M. Hellmann II S. 47).

Bei der Zurücknahme nach erlassenem Urtheil (vgl. oben Anm. 3 a. E.) bzw. in der Rechtsmittelinstanz wird auch das Urtheil beseitigt.

Der letzte Satz des Abs. 3 ist eine Konsequenz der Vorschrift des § 98 Abs. 1, wonach der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden kann. Besondere Formen und Fristen für Stellung des Antrags sind nicht vorgeschrieben und auch nicht erforderlich. Der Antrag ist in der mündlichen Verhandlung zu stellen, zu welcher der Kläger nöthigenfalls zu laden ist (vgl. Endemann II S. 38, Birkmeyer, Versäumnißurth. S. 6; s. auch §§ 277, 278, GKG. § 46 u. dazu Thulesius: Die Zurücknahmegebühr). Der Antrag ist unbeschränkt zulässig, sofern nur überhaupt Kosten dem Beklagten erwachsen und noch unberichtigt sind (OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 151). Selbstverständlich setzt derselbe eine förmliche Klagezurücknahme bzw. gerichtliches Anerkenntniß voraus.

7) Abs. 4: Der Beklagte kann das ihm gewährte Recht nach § 247 Nr. 5 im Wege einer prozeßhindernden Einrede gegenüber einer neuen Klage geltend machen. Dies gilt bei der bestimmten Fassung des § 247 Nr. 5 auch dann, wenn der Kläger zum Armenrechte zugelassen, oder wenn die Zwangsvollstreckung gegen ihn fruchtlos geblieben ist. [Ebenso Sarwey I S. 195, Hellmann I S. 368, Petersen § 243 Nr. 4, Gaupp I S. 328 u. A. A. M.: Puchelt II S. 32 unter Berufung auf das preußische Prozeßrecht, dem die Bestimmung (aber nicht unverändert) entlehnt ist, u. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 338; vgl. auch ROHG. 18 S. 178 u. Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 81.] Voraussetzung des Abs. 4 ist übrigens zur Vermeidung von Chicanen, daß der Beklagte die Kosten in ordnungsmäßiger Weise (§ 98) gegen den Kläger hat feststellen lassen. Vgl. § 247 Anm. 8. Eine analoge Anwendung des Abs. 4 auf die Kosten eines Rechtsmittels, z. B. einer zu früh erhobenen Berufung (OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 Nr. 64) oder einer auf einen anderen Klaggrund gestützten Klage ist nicht zulässig.

8) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 46 (Abs. 1 in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881), 93. Hinsichtlich der Prozeßgebühr vgl. RG. VII S. 356.

§ 244.

1) Die Frist für die Klagebeantwortung (Vernehmlassung) läuft nicht, wie z. B. nach N. E. § 405, H. E. § 238, Hann. PO. § 191, in einem fest bestimmten Zeitpunkte, z. B. einer Woche, vor dem Verhandlungstermine ab. Sie ist vielmehr eine bewegliche (Bad. PO. § 1016, Hann. Prot. V S. 1491 ff.); ihr Ablauf richtet sich nach der Länge des Zeitraums, welcher im einzelnen Falle zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Verhandlungstermine liegt (Einlassungsfrist — § 204). Beträgt dieser Zeitraum z. B. 6 Wochen, so ist innerhalb der ersten 4 Wochen die Klagebeantwortung dem Kläger zuzustellen. Dies gilt auch, wenn die Einlassungsfrist in Gemäßheit des § 204 Abs. 2 abgekürzt ist.

Eine Nichtinnehaltung der Frist kann sachliche Nachtheile für den Beklagten nicht zur Folge haben, vielmehr nur die Verpflichtung zum Kostenersatz; vgl. § 123 Anm. 1.

§ 245. Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind.

N. Entw. §§ 406, 407. Entw. I. § 222. Entw. II. § 231. Entw. III. § 236. Mot. S. 192, 193. Prot. S. 79.

---

2) Eine Abschrift der Klagebeantwortung ist nach § 124 auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts niederzulegen. — Wegen der Vollmacht s. § 76 Anm. 2.

§ 245.

1) Das Gesetz geht davon aus, daß regelmäßig zwei Schriftsätze — die Klageschrift und die Klagebeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung ausreichend vorzubereiten. Deshalb ordnet dasselbe als Regel nur den Wechsel dieser beiden Schriftsätze an. Für die Fälle aber, in welchen diese beiden Schriftsätze zur Vorbereitung nicht ausreichen, und eine Beschränkung auf dieselben entweder zu einer ungründlichen mündlichen Verhandlung oder zu Vertagungen führen würde, wird im Anschlusse an H. E. § 241 und N. E. § 406 in § 245 Vorsorge getroffen. Solche Fälle liegen namentlich vor, wenn eine Partei in der mündlichen Verhandlung neue, d. h. von ihr in der Klageschrift bzw. Klagebeantwortung noch nicht angegebene, thatsächliche Behauptungen, Beweismittel oder Anträge vorbringen will, auf welche sich der Gegner voraussichtlich nicht ohne vorhergehende Erkundigung erklären kann. Nach § 245 Abs. 1 ist die Partei (gleichviel ob Kläger oder Beklagter) verpflichtet, ein solches Vorbringen dem Gegner mittels eines ferneren vorbereitenden Schriftsatzes vor der mündlichen Verhandlung „mitzutheilen", und zwar so zeitig, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch vorher einzuziehen vermag. Ob die Mittheilung, welche nach den Mot. hier, wie im Falle des § 244, durch Zustellung geschieht (vgl. § 156 Anm. 2), zeitig genug erfolgt ist, hat der Richter nach den Umständen frei zu würdigen. Die Minimalfrist des § 123 braucht, wie die Mot. besonders hervorheben, nicht eingehalten zu werden (Hann. Prot. XV S. 5424—5426, XVII S. 6385—6391, 6647, 6716, 6717, Nordd. Prot. S. 544, 545). (A. M. in letzterer Hinsicht Puchelt II S. 34 Anm. 4. Gegen dessen Ansicht spricht jedoch — abgesehen von den Mot. — daß § 245 eine Spezialbestimmung enthält, welche der allgemeinen, an sich allerdings auch diesen Titel beherrschenden Vorschrift des § 123 vorgeht. So auch Seuffert Anm. 1, Petersen § 246 Nr. 2, Endemann II S. 37, 38 u. A.)

2) Auf neue rechtliche Ausführungen bezieht sich der § 245 nicht.

3) Kommt eine Partei der ihr im Abs. 1 auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann der Gegner nach allgemeinen Grundsätzen (§ 123 Anm. 1) Vertagung der Verhandlung und, falls jene ein Verschulden trifft — was bei der Kürze des ihr zu Gebote stehenden Zeitraums nicht immer der Fall sein wird (vgl. § 204 Abs. 2) — Verurtheilung derselben in die durch die Vertagung verursachten Kosten nach Maßgabe des § 90 verlangen.

4) Außerdem kann im Falle einer nothwendig werdenden Vertagung nach Abs. 2 des § 245 das Gericht im voraus bestimmen, welche vorbereitenden Schriftsätze es für den neuen Verhandlungstermin noch für erforderlich erachtet, und die Fristen festsetzen (und verkünden — §§ 198, 294), binnen welcher die Parteien diese Schriftsätze einander zuzustellen haben, wobei es an die Minimalfrist des § 123 gleichfalls nicht gebunden ist (Sarwey I S. 368 Anm. 2, Hellmann II S. 50. A. M. Puchelt a. a. O.). Diese Vorschrift dient als Ersatz für das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren der Hann. PO. §§ 207 ff. und des H. E. §§ 239 ff.

§ 246. Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

N. Entw. — Entw. I. § 224. Entw. II. § 232. Entw. III. § 237. Mot. S. 19–25, 193. Prot. S. 79.

§ 247. Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:

1. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
3. die Einrede der Rechtshängigkeit,
4. die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten,
5. die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,
6. die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

N. Entw. §§ 413, 415. Entw. I. § 225. Entw. II. § 233. Entw. III. § 238. Mot. S. 29, 30, 193–195. Prot. S. 79, 80.

---

§ 246.

Die „allgemeinen Vorschriften“ finden sich in §§ 127—151. Vgl. auch §§ 119, 269, 270.

§ 247.

1) Das Gesetz trennt im Anschluß an den römischen und den älteren deutschen Prozeß [vgl. Wetzell S. 136 ff., 961 ff., Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868) und die zahlreiche Literatur in v. Canstein, Grundlagen S. 304 Anm. 4] und an manche neueren Gesetzgebungen (Preuß. Verordn. vom 21. Juli 1846 §§ 5, 6, Hann. PO. §§ 196, 197, Bayer. PO. Art. 184 ff. usw.), das Verfahren über die sog. prozeßhindernden Einreden (welche sämmtlich zu den „Prozeßvoraussetzungen“ gehören, aber dieselben nicht erschöpfen), d. h. diejenigen Einreden, welche die Frage zum Gegenstand haben, ob der Beklagte überhaupt verpflichtet ist, auf den Prozeß sich einzulassen, auf die Klage zu antworten (Vorverfahren), von der Verhandlung zur Hauptsache (Hauptverfahren), indem es dem Beklagten das Recht giebt (§ 248), auf Grund jener Einreden die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern — ein wichtiger Bestandtheil des „dispositiven Civilprozeßrechts“.

Literatur: Bolgiano: Zur Lehre von den prozeßdilatorischen und prozeßhindernden Einreden, in Busch, Zeitschr. I S. 47 ff., II S. 518 ff., IV S. 497 ff., Petersen das. II S. 161 ff., III S. 203 ff., Osterloh das. III S. 43 ff.; Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 391 ff., Bülow das. 64 S. 31 Anm. 20, S. 97 Anm. 60, Schultze: Privatrecht und Prozeß I S. 290 ff., Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 173 Anm. 227, Barazetti: Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit S. 18 ff., s. auch v. Kries: Die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses, in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. V S. 1 ff., Hellmann, Lehrb. S. 422, Wach I S. 25 ff., Kroll: Klage u. Einrede S. 261 ff., Nessel in Gruchot, Beitr. XXX S. 44 ff.

Die §§ 247 und 248 handeln von dem ersten Abschnitt, die §§ 250—258 von dem zweiten. Ueber Abschnitte innerhalb des Hauptverfahrens vgl. die Bemerkungen zu §§ 251—258.

Auf die Widerklage sind die §§ 247, 248 entsprechend anzuwenden (s. auch Siebenhaar S. 283, Petersen §§ 247, 248 I 4, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 7 u. A.),

freilich nur soweit nicht die Natur der Widerklage und der einzelnen Einreden entgegensteht, wie bei Nr. 4; Nr. 6 ist nicht völlig unanwendbar (s. Schollmeyer, Kompens. S. 50, Löning a. a. O. S. 69; Nr. 5 ist in Konsequenz der analogen Ausdehnung des § 243 auf die Widerklage (vgl. § 243 Anm. 6) anwendbar (Wilm. Levy a. a. O.). [Die Anwendbarkeit überhaupt verneinen: Hellmann II S. 55, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 367 ff. und in Betreff des § 248 Osterloh a. a. O. S. 66 ff., weil die Widerklage prozessualisch als Einrede behandelt wird, sowie mit Rücksicht auf die Ablehnung des Antrags Bähr in der RTK. rücksichtlich der „Einrede der unzulässigen Widerklageerhebung" (vgl. Anm. 10). S. dagegen Löning a. a. O. S. 175 Anm. 230, 231, Hellmann, Lehrb. S. 451 u. A. Schollmeyer a. a. O. hält die §§ 247, 248 sogar auf die Kompensationseinrede (als unentwickelte Widerklage) für entsprechend anwendbar. Dem steht aber entgegen, daß dieselbe in prozessualischer Hinsicht vorwiegend Einrede ist und einer solchen gegenüber nur von prozeßhindernden Repliken würde die Rede sein können, welche die CPO. nicht kennt.]

2) Der Abs. 1 enthält das doppelte Gebot, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig, und daß sie vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen sind.

Das erstere Gebot — welches auch die theilweise entgegenstehenden Bestimmungen des französischen Rechts (Code de proc. art. 166 ff.) aufhebt — schließt aus, daß die prozeßhindernden Einreden innerhalb des Vorverfahrens einzeln nach einander geltend gemacht werden dürfen; ist eine geltend gemacht, so sind, abgesehen von den Fällen des Abs. 3, die anderen verloren. Dies folgt aus dem absoluten Gebot des Abs. 1 in Verbindung mit der in Abs. 3 enthaltenen Rechtsfolge sowie aus der Entstehungsgeschichte des § 247. [Uebereinstimmend Bolgiano a. a. O. I S. 54 ff., II S. 525 ff. u. IV S. 499 ff., Hellmann II S. 52 u. Lehrb. S. 426, A. Förster Anm. 3, v. Bülow Anm. 1, Wach in Gruchot, Beitr. XXIV S. 727 Anm. 28, Gaupp II S. 60, 61, Wilm. Levy Anm. 2 u. Fitting im civ. Arch. 63 S. 228, 229 u. in Busch, Zeitschr. VI S. 298 Anm. 77, Birkmeyer das. VII S. 448, Seuffert, Arch. 39 Nr. 160 — obLG. f. Bayern. A. M.: Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 247, 248 I 4 u. in Busch, Zeitschr. II S. 175 ff., III S. 210 ff., Sarwey I S. 370 Anm. 3, Osterloh a. a. O. S. 58 ff. welche nur den Verlust des Rechts des Beklagten daran knüpfen, die Einlassung auf die Hauptsache zu verweigern und abgesonderte Verhandlung zu verlangen.] Auch die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts geht verloren, wenn sie beim Vortrage anderer prozeßhindernder Einreden nicht vorgeschützt wird (Fitting in Busch, Zeitschr. VI S. 299 Anm. 77 a. E. A. M. Renaud das. V S. 48, 49). — Nach Maßgabe des § 137 kann jedoch das Gericht die getrennte Verhandlung einzelner unter mehreren vorgeschützten Einreden anordnen.

Das zweite Gebot nöthigt den Beklagten, prozeßhindernde Einreden bei Vermeidung des Verlustes derselben — abgesehen wiederum von den Fällen des Abs. 3 — vorzubringen, bevor er sich (mündlich) auf die Hauptsache einläßt. Diese Verpflichtung hat der Beklagte auch dann, wenn er nicht abgesonderte Verhandlung und Entscheidung beantragt. Sie folgt aus der Natur der prozeßhindernden Einreden von selbst. In der Verlesung der Anträge zur Hauptsache (§§ 128, 269) liegt aber noch keine Verhandlung zur Hauptsache von Seiten des Beklagten im Sinne des § 247. Vgl. § 298 Anm. 1.

Selbstverständlich ist, daß der Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden des Beklagten die Begründung der Klage seitens des Klägers vorausgehen muß; es liegt dies auch in den Worten „vor der Verhandlung des Beklagten." Daraus folgt, daß das Gericht eine rechtlich unbegründete Klage ohne Rücksicht auf die prozeßhindernden Einreden — wenigstens soweit dieselben nicht von Amtswegen zu berücksichtigen sind — sofort abweisen darf (Puchelt II S. 39, Wilm. Levy Anm. 3. A. M.: Osterloh a. a. O. S. 94 ff., Kleiner II S. 73, Bolgiano a. a. O. IV S. 511 Anm. 14).

3) Der Abs. 2 zählt die einzelnen prozeßhindernden Einreden auf. Sie charakterisiren sich

sämmtlich [auch Nr. 4 und 5 wenigstens vom Standpunkte der CPO. (A. M. Bolgiano a. a. O. I S. 48, 49)] dadurch, daß sie prozessualische Voraussetzungen — Existenzbedingungen des Rechtsstreits — betreffen. Alle auf den Anspruch selbst bezüglichen Einreden sind grundsätzlich von ihnen ausgeschlossen, nicht allein diejenigen peremtorischen, welche im gemeinrechtlichen Prozesse vielfach zu den prozeßhindernden gerechnet wurden (exceptiones rei transactae, judicatae, finitae; vgl. Wetzell S. 961 ff.), sondern auch die dilatorischen (ebend. S. 137, 140—142, Renaud S. 652, 653, v. Canstein a. a. O. S. 227, Petersen §§ 247, 248 I 2 u. in Busch, Zeitschr. II S. 165 Anm. 1, Endemann II S. 41, Hellmann II S. 51 u. A.).

Die Ansicht Bolgiano's a. a. O. I S. 52 ff., 66 ff., u. II S. 529 (vgl. auch dessen Handbuch S. 61 Anm. 9 u. 9a und Rocholl, Rechtsfälle Heft 1 S. 36 ff.), daß auch die sog. gemeinverzögerlichen Einreden vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht werden müssen und, auch wenn sie unbegründet sind, von jener Verhandlung befreien, hat den Wortlaut („nur") wie die Mot. der CPO. gegen sich und kann demgegenüber durch Berufung auf die Analogie und auf das von der Eventualmaxime beherrschte gemeine Recht nicht gerechtfertigt werden (vgl. auch Seuffert Anm. 2 u. A.). Dieselben haben zwar selbstverständlich ihre materielle Bedeutung behalten, aber jede prozessualische Eigenthümlichkeit verloren und fallen mithin unter § 251. Wird bei ihrem Vorbringen die Einlassung auf die Sache im Uebrigen unterlassen, so treten die regelmäßigen Folgen einer theilweisen Versäumniß nach den §§ 208, 299 ein (vgl. §§ 208 Anm. 5, 299 Anm. 1, Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 213 ff., 217 ff. A. M. anscheinend Bolgiano das. II S. 532).

Die Bestimmungen über die Einrede des verdächtigen Richters (§ 43) und der unzulässigen Klagänderung (§ 241) sind Besonderheiten, aus welchen ein allgemeiner Satz nicht hergeleitet werden darf (vgl. wegen letzterer § 241 Anm. 2). Die sog. exc. libelli inepti vel obscuri (Bolgiano a. a. O. I S. 46 ff., II S. 533, IV S. 511 ff., Wach, Vortr. S. 24, Rocholl a. a. O. S. 40 ff.) ist materiellrechtlicher Natur und befreit deshalb von der Einlassung nicht. Der Beklagte kann einer ungenügend substantiirten Klage gegenüber zwar ohne Gefahr ausbleiben, muß aber, wenn er erscheint, auf dieselbe sich einlassen. (Gegen Bolgiano vgl. auch Reuling in Kyck, Krit. Literaturbl. I S. 23 ff., v. Bülow Anm. 2, Petersen in Busch, Zeitschr. II S. 162 ff., Osterloh das. III S. 74, Westerburg in Gruchot, Beitr. XXIV S. 171 ff.)

Der § 267 (vgl. Bolgiano a. a. O. II S. 530, IV S. 508 ff.) gehört gar nicht hierher, da das Rügerecht in den dort hervorgehobenen Fällen nicht deshalb verloren geht, weil es nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend gemacht wird, sondern weil es nicht bei der nächsten mündlichen Verhandlung (mithin einerseits auch bei einer nur auf prozeßhindernde Einreden sich beziehenden Verhandlung, andererseits bis zum Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung) ausgeübt wird (vgl. auch Osterloh a. a. O. III S. 98 ff., Petersen das. S. 216 ff.).

4) Nr. 1: vgl. §§ 1, 11, 39, 40, 249, 465—467, GVG. §§ 12—14. Es gehört hierher die örtliche wie die sachliche Unzuständigkeit, letztere sowohl der Gattung wie dem Werthe nach. Die in Folge der Einrede dem Richter obliegende Kompetenzprüfung wird durch § 39 erleichtert, welcher keineswegs eine bloße Schlußfolgerung aus § 247 enthält, sondern von selbständiger Bedeutung für die Kompetenzbegründung ist. (Vgl. v. Amsberg im civ. Arch. 65 S. 92 ff., Just das. S. 271 ff., Birkmeyer: Das gegenseitige Verhältniß der §§ 38 ff. und § 247 Z. 1 u. Abs. 3 der RCPO. S. 28 ff. sowie in Busch, Zeitschr. V S. 124 ff., Leonhard das. IV S. 403 ff., Renaud das. V S. 1 ff., welche mehr in den Gründen als im Resultate von einander abweichen. Nach Löning a. a. O. S. 179 hat der Richter die Zuständigkeit niemals von Amtswegen zu prüfen; s. jedoch unten Anm. 11.) Auch die Einrede des Widerbeklagten, daß es für die Widerklage an den Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 fehle, ist hierher zu rechnen (Siebenhaar S. 283. A. M.: Osterloh a. a. O. S. 72, 94 ff., Lippmann a. a. O. S. 367 ff.).

5) Nr. 2: vgl. §§ 13, 17 d. GVG., Bolgiano S. 47 Anm. 6. Der „Rechtsweg" bildet nicht bloß den Gegensatz zu einem administrativen oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren, sondern auch zum Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Hierher gehört auch der Einwand, daß der Rechtsweg vorläufig ausgeschlossen sei [vgl. GVG. § 13 Anm. 3, Siebenhaar S. 283, Seuffert Anm. 5 u. A.; das Beispiel des Entmündigungsverfahrens (Siebenhaar a. a. O.) paßt aber nicht, weil das amtsgerichtliche Offizialverfahren nicht den Gegensatz zum Rechtswege bildet, vielmehr ein Theil des Rechtsweges ist; das Beispiel gehört daher unter Nr. 1.] — Nicht hierher gehört die Einrede des Schiedsvertrags (A. M.: Puchelt II S. 38, Petersen §§ 247, 248 I 3b, S. 415 und in Busch, Zeitschr. III S. 206); sie ist materieller Natur (vgl. oben Anm. 3, § 851 Anm. 4; Siebenhaar S. 283, Osterloh a. a. O. S. 77, Seuffert Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 4, A. Förster Anm. 4b, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 156, RG. VIII S. 347, 397, X S. 367).

6) Nr. 3: vgl. § 235 Nr. 1.

7) Nr. 4: vgl. §§ 102—105.

8) Nr. 5: vgl. § 243 Abs. 4 u. Anm. 7. Voraussetzung der Nr. 5 ist, daß der Beklagte von dem Kläger die Erstattung der Kosten unter Klarlegung des zu erstattenden Kostenbetrages fordert [RG. VI S. 359, Seuffert Anm. 8. A. M. Immler in Busch, Zeitschr. VIII S. 291 ff., welcher es für unvereinbar mit § 243 Abs. 4 erachtet, von dem Beklagten den Nachweis zu fordern, daß er die Erstattung der Kosten vom Kläger verlangt habe oder auch nur gegenwärtig verlange, und daher nur eine Replik der dolosen Verzögerung der Liquidation gestatten will. Nr. 5 spricht aber von einer „erforderlichen" Erstattung der Kosten, von der nur die Rede sein kann, wenn Beklagter die Erstattung vom Kläger verlangt und seine Rechnung genau spezifizirt]. Die Vorschrift findet auf andere Fälle der Erneuerung einer auf Grund eines prozessualischen Mangels ohne Konsumtion des Klagrechts vorläufig abgewiesenen Klage keine entsprechende Anwendung (Osterloh a. a. O. S. 80, Seuffert, Arch. 38 Nr. 178 — OLG. Jena), auch nicht auf den des § 477 Abs. 2 (das. 40 Nr. 64 — OLG. Karlsruhe).

9) Nr. 6: Die Vorschrift bezieht sich nur auf § 50 (RG. XIII S. 331). Auch die mangelnde besondere Ermächtigung zur Prozeßführung wollen hierher rechnen Osterloh a. a. O. S. 82 ff. u. Wilm. Levy Anm. 4. Da dieselbe indessen hier nicht, wie in §§ 50, 52, 54, aufgeführt ist, so ist das Gegentheil anzunehmen. Dasselbe gilt von der „Einrede der mangelnden Bevollmächtigung zum Prozesse" (vgl. § 84). Ein Antrag, letztere hier aufzunehmen, ist von der RTK. abgelehnt. Ebensowenig gehört die Einrede mangelnder Parteifähigkeit (s. § 19 Anm. 1) hierher [RG. XII S. 400], oder die Einrede, daß im Anwaltsprozesse der Kläger nicht durch einen zugelassenen Anwalt vertreten sei (vgl. Hellmann, Lehrb. S. 430).

10) Die Einrede der nicht ordnungsmäßigen Ladung (P. E. § 333, H. E. § 243) hat mit Rücksicht auf die noch weiter gehende Vorschrift des § 267, die Einrede der noch laufenden Ueberlegungs- und Inventarisationsfrist (§ 217 Anm. 2, Code de proc. art. 174, Preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 5, P. E. § 333) wegen ihrer materiellrechtlichen Natur keine Aufnahme gefunden. Ebenso wurde von der RTK. ein Antrag, „die Einrede der unzulässigen Klagenverbindung oder der unzulässigen Widerklageerhebung" hinzuzufügen, abgelehnt, nachdem entgegnet war, daß eine korrekte Klagenverbindung oder Widerklageerhebung nicht zu den wesentlichen Prozeßvoraussetzungen gehöre. — Hinsichtlich der Benennung des Auktors vgl. § 73 Anm. 3. Dieselbe begründet übrigens (wie Fitting S. 148 Anm. 6 mit Recht bemerkt) niemals den Antrag auf Abweisung der Klage, sondern zunächst nur auf Vertagung (vgl. auch Petersen in Busch, Zeitschr. II S. 172, III S. 206, 207, Osterloh das. III S. 88 ff.) Die exceptio plurium litisconsortium (vgl. §§ 57 Anm. 4, 59 Anm. 2 a. E.) gehört nicht, wie Bolgiano a. a. O. und Fitting im civ. Arch. 61 S. 434 meinen, hierher, da sie materiell-rechtlicher Natur ist (vgl. Anm. 3). [Zustimmend Sarwey I S. 370, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 737 Anm. 1, v. Bülow Anm. 2, Petersen §§ 247, 248 I 2 u. a. a. O. II S. 170, Schwalbach

§ 248. Ueber prozeßhindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnet.

Das Urtheil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei.

N. Entw. §§ 413, 414. Entw. I. § 226. Entw. II. § 234. Entw. III. § 239. Mot. S. 193, 195. Prot. S. 80.

---

a. a. O. S. 410, Osterloh a. a. O. S. 92, 93 u. A.; s. auch ROHG. 24 S. 354 ff.] Wegen der gemeinrechtlichen exceptio spolii vgl. RG. VII S. 328.

Eine besondere prozeßhindernde Einrede wegen nicht geleisteter Sicherheit hat Art. 223 Abs. 2 d. HGB. in der Fassung d. Novelle v. 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123) geschaffen.

11) Abs. 3: „Einreden, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann", sind die im Abs. 2 unter Nr. 2 und 6 (vgl. § 54 Abs. 1) aufgeführten Einreden und die unter Nr. 1 aufgeführte insoweit, als eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit nach § 40 Abs. 2 nicht zulässig ist. Verzichtbar ist selbstverständlich auch jede Einrede, welche durch bloße Versäumung verloren geht. Das Kennzeichen ist die dispositive Normirung (vgl. Bülow: Dispos. Civilprozeßr. S. 95 ff.). Den Gegensatz bilden die Voraussetzungen, deren Mangel der Richter von Amtswegen berücksichtigen muß (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 173 ff., A. Förster Anm. 5a). Indessen steht dem Beklagten auf Grund jener Einreden, wenn sie nachträglich geltend gemacht werden, nicht das Recht zu, die Fortsetzung der Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern (Osterloh a. a. O. S. 56, 57).

Die zweite Alternative des Abs. 3 betrifft Restitutionsfälle. Vgl. §§ 44 Abs. 4, 267 Abs. 2, 490 Abs. 1, 491 Abs. 2. Wegen der Anwendbarkeit in Fällen des § 39 vgl. die dortige Anm. (Eine wahre Antinomie zwischen Abs. 3 u. § 38 nimmt Leonhard a. a. O. S. 403, 404 an. A. M. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. V S. 142, 143.)

12) Die Beweislast bei den prozeßhindernden Einreden richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen; die Eigenschaft einer Einrede als einer prozeßhindernden hat auf die Beweislast keinen Einfluß (vgl. Bolgiano a. a. O. I S. 68 ff., Osterloh a. a. O. S. 61, Seuffert Anm. 10).

13) Wegen des Vorbringens prozeßhindernder Einreden im amtsgerichtlichen Verfahren s. § 465, in der Berufungsinstanz § 490, in der Revisionsinstanz § 529, im Urkundenprozesse § 557.

Ueber den Einwand, daß eine bei der Kammer für Handelssachen angebrachte Klage vor die Civilkammer gehöre, oder umgekehrt, vgl. GVG. § 103 ff.

14) Wegen der Kosten kann ein Zwischenurtheil nach § 91 erlassen werden (vgl. §§ 87 Anm. 1, 91 Anm. 2, RG. XIII S. 413).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 1 u. Abs. 2, GO. f. RA. § 20, RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1138.

§ 248.

1) Abs. 1: Die CPO. stellt die gesonderte Verhandlung und Entscheidung der prozeßhindernden Einreden nicht als unbedingtes Gebot auf, sondern schreibt sie nur unter der Voraussetzung vor, daß entweder der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder das Gericht die abgesonderte Verhandlung anordnet. Der Beklagte hat also das ausnahmslose Recht, die getrennte Verhandlung herbeizuführen, nicht aber die Verpflichtung (ebenso Hann. PO. §§ 196, 197, H. E. §§ 243 ff.). Die Verhandlung zur Hauptsache kann er nicht blos in der mündlichen Verhandlung, sondern auch in den vorbereitenden Schriftsätzen verweigern, letzteres selbstverständlich mit der Bedeutung, daß ihm aus der Beschränkung der letzteren auf die prozeßhindernden Einreden bezüglich der Kosten kein Nachtheil erwachsen kann (vgl. Bolgiano

a. a. O. I S. 58 ff., Wilm. Levy Anm. 1, Löning a. a. O. S. 176 Anm. 233 u. A. A. M.: Strempel, Vortrag über die CPO. S. 25 und 45 a. E., Osterloh a. a. O. S. 54 ff., Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 219 ff., Gaupp II S. 64). Glaubhaftmachung der Einreden ist nicht erforderlich. Macht er von dem Rechte keinen Gebrauch, verbindet vielmehr mit den prozeßhindernden Einreden die eventuelle Verhandlung zur Hauptsache, so kann das Gericht nach seinem Ermessen dennoch die getrennte Verhandlung und Entscheidung anordnen, und zwar nicht nur auf Antrag einer der Parteien, sondern auch von Amtswegen, und zwar schon, ehe der Beklagte überhaupt zur Verhandlung das Wort ergriffen hat (vgl. § 275 Anm. 1). Wegen der Berufungsinstanz s. § 490 Abs. 2. Ordnet das Gericht ungeachtet der Verweigerung des Beklagten die Verhandlung zur Hauptsache mit Unrecht an, und leistet der Beklagte dem Folge, so liegt hierin nicht der Verzicht auf die prozeßhindernde Einrede (RG. im R.Anz. 1884 b. Beil. 7 S. 6).

Unter Umständen macht die Entscheidung über die prozeßhindernde Einrede zugleich die Feststellung des Streitstoffs in der Hauptsache nothwendig (vgl. RG. III S. 381).

2) Abs. 2: Daß das Urtheil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede für begründet erkannt und demgemäß die Klage abgewiesen wird (Wetzell S. 142 will ausschließlich die Formel „wie sie angebracht worden ist" anwenden; s. aber Seuffert Anm. 2, Sarwey I S. 372, Osterloh a. a. O. S. 62, Gaupp II S. 64, 65 u. A.), ein Endurtheil ist, ergiebt sich von selbst aus § 272 Abs. 1 (s. auch L. Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 7 ff.) Dasselbe geht indessen der Natur der Sache nach nur in beschränktem Sinne in Rechtskraft über, nämlich insoweit, daß eine neue Entscheidung über die in Frage stehende prozeßhindernde Einrede in demselben Prozesse weder von Amtswegen noch auf Antrag ergehen kann (Nordd. Prot. S. 610); es enthält nur eine absolutio ab instantia, durch welche das Klagerecht selbst nicht konsumirt wird. (So Bolgiano a. a. O. I S. 67 ff., Petersen §§ 247, 248 II 2, Schwalbach a. a. O. S. 428 ff., Gaupp II S. 64, Förster (Eccius) I § 55 S. 312, Barazetti a. a. O. S. 27 ff., 30 ff. u. A. Vgl. auch Osterloh a. a. O. S. 65 u. Freudenstein a. a. O. S. 20. A. M. Rocholl, Rechtsfälle S. 48 ff., welcher auch dem Urtheil über prozeßhindernde Einreden materielle Rechtskraft beilegt, soweit nicht die Wirkung desselben, wie bei den Nr. 3, 4, 5 des § 247, naturgemäß auf die Dauer des anhängigen Rechtsstreits beschränkt bleibe.) Dagegen ist das Urtheil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird, an sich nur ein Zwischenurtheil im Sinne des § 275 und würde mithin auch in Ansehung der Rechtsmittel wie ein Zwischenurtheil zu behandeln sein, wenn nicht der Abs. 2 des § 248 es in dieser Beziehung dem Endurtheile gleichstellte. Die Folge davon ist, daß gegen dasselbe nach § 472 die Berufung (und eventuell weiter die Revision) stattfindet, während es als Zwischenurtheil nicht sofort, sondern erst mit der demnächstigen Endentscheidung in der Hauptsache würde angefochten werden können. (Vgl. auch § 11 Anm. 1, § 500 Nr. 2.) Ist aber der Mangel der Prozeßvoraussetzung (z. B. der Unzulässigkeit des Rechtswegs) vom Beklagten gar nicht gerügt, vielmehr nur vom Gerichte in den Gründen eines Zwischenurtheils von Amtswegen erörtert, so wird das betreffende Urtheil nicht dieserhalb ein Endurtheil im Sinne des § 248 Abs. 2 (RG. XI S. 389).

Ueber die Frage, ob bezüglich einer prozeßhindernden Einrede ein Versäumnißurtheil zulässig sei, vgl. §§ 275 Anm. 1b, 312 Anm. 3.

3) Der zweite Satz des Abs. 2 ertheilt zur Vermeidung von Prozeßverschleppungen, welche die rücksichtslose Durchführung des ersten Satzes etwa herbeiführen könnte, dem Gerichte die Befugniß, ungeachtet der dem Beklagten gegen das Erkenntniß sofort zustehenden Rechtsmittel die Verhandlung zur Hauptsache anzuordnen — jedoch nur auf Antrag einer der Parteien, welcher vor oder nach Erlaß des Urtheils gestellt werden kann, und über welchen mündlich zu verhandeln ist (A. M. in letzterer Hinsicht Brettner in Böhlau, Mag. V S. 308 Anm. 1). Macht es von dieser Befugniß Gebrauch, und ergreift der Beklagte ein Rechtsmittel, so ist der Rechtsstreit in zwei Instanzen zugleich anhängig. Vgl. auch § 276 Anm. 3. — Die

§ 249. Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgerichte anhängig.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 7, 15, 80, 81, 499.

Befugniß, schon vor Abgabe des Urtheils über die prozeßhindernden Einreden die Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache anzuordnen (P. E. § 334, N. E. § 415), hat dagegen das Gericht nicht. Vgl. Anm. 1.

4) Der Richter, welcher von der Befugniß des Abs. 2 Gebrauch gemacht hat, darf nicht nach § 139 Aussetzung des Verfahrens anordnen (vgl. RG. III S. 403, Gaupp II S. 139, v. Bülow Anm. 2, Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. HR. XXVII S. 327). Wird bei der weiteren Verhandlung das Urtheil in der Hauptsache gefällt, ehe das Urtheil über die prozeßhindernde Einrede unanfechtbar geworden ist, so folgt aus dem Verhältnisse dieser beiden Urtheile mit Nothwendigkeit, daß trotzdem jenes, welches nur als vorbehaltlich der endgültigen Entscheidung über die prozeßhindernde Einrede erlassen angesehen werden kann, nicht in materielle Rechtskraft übergeht, bevor über diese Einrede gleichfalls rechtskräftig entschieden ist. (So auch RG. V S. 422 ff., Gaupp II S. 66, v. Bülow (Halle) in Gruchot, Beitr. XXV S. 852 ff., Hellmann, Lehrb. S. 429, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 342 u. Seuffert Anm. 4. A. M.: v. Bülow Anm. 2, Hönemann in Gruchot a. a. O. S. 858 ff., Wilm. Levy Anm. 5, Endemann II S. 154, 155, Osterloh a. a. O. S. 65., A. Förster Anm. 4, welche zur Verhütung der Rechtskraft des Urtheils in der Hauptsache eine Anfechtung desselben auf Grund der prozeßhindernden Einrede für nothwendig erachten, obwohl letztere bereits Gegenstand eines besonderen Rechtsmittels bildet, sowie Eccius in Gruchot, Beitr. XXVII S. 476 ff. u. Oppenheim das. S. 1 ff., welche in solchem Falle ein Endurtheil in der Hauptsache gar nicht zulassen wollen, sondern nur ein Zwischenurtheil, und zwar Ersterer über das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, Letzterer behufs Feststellung der betreffenden Thatsachen.) Jedenfalls ist es übrigens räthlich, dem bedingten Charakter des Endurtheils in demselben durch einen Vorbehalt Ausdruck zu geben. Anders verhält es sich wegen der Natur des Versäumnißurtheils, wenn das Urtheil in der Hauptsache ein Versäumnißurtheil ist (vgl. §§ 276 Anm. 4, 297 Anm. 3, 307 Anm. 2).

§ 249.

1) Der auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommene § 249 enthält eine Ergänzung des § 11 und bezweckt eine Vereinfachung des Verfahrens für diejenigen Fälle, in denen sich das Landgericht für unzuständig erklärt. Er ist gleich § 11 beschränkt auf Fälle der sachlichen Unzuständigkeit. Das Amtsgericht, vor welches die Verweisung erfolgt, ist nach § 11 an diese Entscheidung gebunden, welche wegen des Eintritts der Rechtskraft (Abs. 2) als Endurtheil anzusehen ist (L. Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 11, A. Förster Anm. 3). Selbstverständlich hat sich das verweisende Landgericht nach den Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit zu richten; sind mehrere Amtsgerichte zuständig, so muß die Verweisung an dasjenige derselben erfolgen, welches der Kläger in seinem Antrage bezeichnet hat (vgl. § 35, Seuffert Anm. 2, Petersen § 249 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Sarwey I S. 374). Ueber die örtliche Zuständigkeit kann zwar bereits vor dem Landgericht verhandelt werden (A. M. Gaupp II S. 68); die Entscheidung des letzteren aber ist in dieser Beziehung für das Amtsgericht nicht bindend (§ 11 Anm. 2, Petersen a. a. O., Sarwey a. a. O. u. A. A. M. anscheinend Endemann II S. 46, 47).

— „des Bezirks" — Eine Verweisung an ein Amtsgericht eines anderen Landgerichtsbezirks ist nicht zulässig. Wird daher neben der sachlichen auch die örtliche Zuständigkeit des

§ 250. Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

N. Entw. § 742. Entw. I. § 227. Entw. II. § 235. Entw. III. § 240. Mot. S. 195, 239. Prot. S. 81.

§ 251. Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der

---

Landgerichts bestritten, so kann nur eine einfache Unzuständigkeitserklärung erfolgen. Das Gleiche gilt, wenn der Kläger die Verweisung vor ein örtlich nicht zuständiges Amtsgericht beantragt hat und der Gegner der Zuständigkeit widerspricht (vgl. auch Petersen § 249 Nr. 1, Kleiner II S. 77, 78. A. M. Hellmann II S. 57, 58). — Eine analoge Bestimmung für das Verfahren vor den Amtsgerichten findet sich in § 466. Vgl. auch in Betreff der Kammern für Handelssachen GVG. §§ 102 ff.

2) Abs. 2: — „anhängig" — d. h. es wird nach eingetretener Rechtskraft des Verweisungsurtheils so angesehen, als ob die Sache von vornherein beim Amtsgerichte, und zwar bei diesem Amtsgerichte, anhängig gewesen wäre. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 235 ff.), welche mit Erhebung der Klage beim Landgerichte eingetreten sind, bleiben mithin ungeachtet der Verweisung vor das Amtsgericht bestehen. Auch bedarf es nicht einer neuen Anbringung der Klage bei dem Amtsgerichte; jedoch hat behufs Fortsetzung der Verhandlung daselbst eine der Parteien die andere nach Maßgabe der §§ 191 ff. zu laden.

Die Kosten des Verfahrens beim Landgerichte werden jedoch, wie das arg. e contrario aus § 467 Abs. 2 ergiebt, nicht als Theil der beim Amtsgerichte erwachsenen Kosten behandelt, sondern fallen nach allgemeinen Grundsätzen (§ 87) dem beim Landgerichte abgewiesenen Kläger zur Last. (Vgl. § 466 Abs. 2, Seuffert Anm. 3, Petersen § 249 Nr. 3, Wilm. Levy Anm 2. A. M. Kleiner II S. 78.) In der That liegt auch der wesentliche Unterschied zwischen den Fällen des § 467 und denen der §§ 249, 466 vor, daß in jenem der Kläger das an sich zuständige Gericht angerufen hat, in diesen nicht.

§ 250.

1) Ueber das vorbereitende Verfahren vgl. §§ 313—319. Selbstverständlich kann dasselbe nur, wenn alle Voraussetzungen des § 313 vorliegen (vgl. das. Anm. 1), angeordnet werden. Da es sich nur auf die Hauptsache, niemals auf die prozeßhindernden Einreden beziehen kann (Hann. Prot. XVI S. 6053, 6054), so ist die Anordnung erst nach Erledigung dieser Einreden zulässig und bildet stets einen Theil der Verhandlung zur Hauptsache.

2) Die Anordnung kann auf Antrag oder von Amtswegen erfolgen (Mot. S. 238 a. E.), sich auf das Ganze oder auf einzelne Ansprüche oder Theile beziehen; sie ist nur in einem Verhandlungstermine zulässig, in diesem aber bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache. Die mündliche Verhandlung wird bis nach Beendigung des vorbereitenden Verfahrens vertagt (vgl. § 317).

§§ 251—258.

1) Die in den §§ 251, 255—258 enthaltenen Grundsätze, vor allen die Beseitigung der Eventualmaxime (Anm. 2), die Beweisverbindung (Anm. 3), die lediglich prozeßleitende Natur des Beweisbeschlusses (Anm. 4 u. 5), gehören zu den entscheidendsten für die Konstruktion des ganzen Verfahrens.

2) Indem die §§ 251 und 256 die Geltendmachung von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2) bzw. von Beweismitteln und Beweiseinreden bis zum

obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder theilweise auferlegen.

N. Entw. § 416. Entw. I. § 228. Entw. II. § 236. Entw. III. § 241. Mot. S. 25–36, 196–198, 205. Prot. S. 81–89, 543.

Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, zulassen, heben sie die Eventualmaxime (Grundsatz der Konzentration der Rechtsbehelfe) auf, welche sowohl im gemeinrechtlichen und im neueren preußischen Prozesse (Verordn. vom 1. Juni 1833 § 14, Instruktion v. 14. Juli 1833 § 29) wie — in beschränkter Weise freilich — in den meisten neueren Gesetzgebungen [z. B. in den Prozeßordnungen für Hannover (§ 204), Württemberg (Art. 348, 349), Baden (§ 343) usw. und in dem H. E. (§ 245)] herrscht. Vgl. die Literatur unten in Anm. 6. Die Mot. (S. 26) sagen:

„Den Parteien steht es frei, Rechtsbehelfe jeder Art, insbesondere Einreden, Repliken, Dupliken, Widerklagen und Beweise, wie beim Beginne, so auch im ganzen weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung vorzubringen. Dieser Gedanke hat, von Ausnahmen abgesehen, in allen Gesetzeswerken, welche auf Mündlichkeit des Verfahrens in der einen oder anderen Gestalt beruhen, Geltung, obwohl er in dem Code de procédure civile und den ihm folgenden Gesetzeswerken, ja selbst in der Bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Bayern, keinen besonderen Ausdruck gefunden hat. Dieses ist erklärlich, weil die sog. Eventualmaxime dem schriftlichen Verfahren ihre Entstehung und ihre weitere Entwickelung verdankt. In diesem ist das Bedürfniß der Konzentration der Rechtsbehelfe immer lebhafter empfunden worden, nicht aber im mündlichen Verfahren, weil letzteres schon wegen des gleichzeitigen Verhandelns der Parteien eine solche Beweglichkeit hat, daß ein Verbessern oder Nachholen besondere Schwierigkeiten nicht darbietet. — — Daneben darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß eine Partei, welche mit dem Vorbringen zögert, dieses auf die Gefahr hin thut, durch das Urtheil mit weiteren Rechtsbehelfen sich ausgeschlossen zu sehen, da das Gericht auf die Möglichkeit eines noch zuläßigen weiteren Vorbringens keine Rücksicht zu nehmen hat. Dieses Moment muß sich um so wirksamer erweisen, als das mündliche Verfahren dahin führt, Theilurtheile und Zwischenurtheile für geboten zu erachten, die Erlassung solcher Urtheile aber die Folge hat, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, die den erledigten Rechtsstoff betreffen, nicht nachgeholt werden können. Jedenfalls ist es nicht erforderlich, das Korrektiv gegen die befürchteten Mißbräuche in der Beibehaltung der Eventualmaxime zu suchen."

Die CPO. hat folgeweise als Korrektiv gegen diese Mißbräuche die Vorschrift des § 252 (vgl. auch §§ 339, 398) und den Grundsatz des § 251 Abs. 2 aufgenommen.

Gegen die im N. E. angenommene Unterscheidung sog. Hülfsthatsachen wendet sich folgende Bemerkung der Mot. (S. 28):

„Eine neue Rechtsentwickelung in dieser Lehre hat der Norddeutsche Entwurf dadurch anzubahnen versucht, daß er zwischen selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln einerseits und Thatsachen, welche zur näheren Begründung eines selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels dienen, andererseits unterscheidet und die letzteren sog. Hülfsthatsachen in einem weiteren Umfange als die ersteren zulassen will. Die neue Unterscheidung ist schon begrifflich, jedenfalls aber praktisch nicht durchführbar. Auch ist es unnatürlich, daß der Entwurf das Nachbringen sog. Hülfsthatsachen gestattet, nicht aber die nachträgliche Angabe von Beweismitteln für das doch zuläßige neue Vorbringen."

Die Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung (vgl. § 119 Anm. 5) ist somit in der CPO. streng festgehalten. Das Gesetz setzt innerhalb des Hauptverfahrens keinen Abschnitt (Zäsur) fest. Nur das Gericht kann vermöge des Trennungsrechts (§ 137) nach freiem Ermessen das Verfahren in verschiedene Abschnitte zerlegen. Vgl. § 137 Anm. 1. Wegen des Vorverfahrens s. § 247 Anm. 1.

3) Indem der § 255 jeder Partei die Verpflichtung auferlegt, vor Erlaß einer richterlichen Verfügung unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten, führt er das schon in der Vorschrift des § 121 Nr. 5 zur Anerkennung gelangte System der Beweisverbindung für die mündliche Verhandlung ein. Die Mot. äußern hierüber (S. 31):

„Ein durch den Grundsatz der Beweisverbindung beherrschtes schriftliches oder mündliches Verfahren unterscheidet sich seiner Anlage nach ganz wesentlich von dem Verfahren des gemeinen deutschen Prozeßrechts. Die Beweise treten mit den Behauptungen in gleiche Linie; wie diese anzuführen, so sind jene anzubieten; das Gesetz, nicht das Gericht, sagt den Parteien, was von ihnen behufs Durchführung ihrer Ansprüche zu beweisen sei, und, wer von ihnen dieses zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht die Parteien darüber belehrt, welche Behauptungen sie zur Begründung ihrer Ansprüche und zur Widerlegung der gegnerischen Ansprüche vorzubringen haben. Demgemäß ist der Beweisbeschluß nichts anderes als eine Verfügung, welche die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt; er enthält keine Beweisauflage, keine Aufforderung an die Parteien, nachträglich den Beweis von Thatsachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält, die Parteien aber für unerheblich erachtet haben, keine Regelung der Beweislast. Die Nothwendigkeit und das Bedürfniß, die Beweislast zu regeln, wird prinzipiell nicht berührt, wohl aber wird dieses Bedürfniß im Hinblick auf das Ergebniß geführter und nicht geführter Beweise in sehr vielen Fällen praktisch sich gar nicht geltend machen."

4) Der Ausdruck „Beweisbeschluß" in § 257 weist darauf hin, daß die richterliche Verfügung, durch welche die Aufnahme des Beweises angeordnet wird, die Natur einer prozeßleitenden Verfügung, nicht eines Urtheils hat; das Nähere darüber s. in § 324. Weil aber der Beweisbeschluß nur diese Natur hat, bildet die Beweisaufnahme einen Theil des Verfahrens bis zum Urtheil, nicht, wie im gemeinrechtlichen Prozesse und in der Hann. PO., den Gegenstand eines abgesonderten Verfahrens, welches sich als völlig getrennter Abschnitt an das Verfahren bis zum Beweisinterlokut (das sog. erste Verfahren) anschließt. Sowenig der Beweisbeschluß bindend für den Richter ist, ebensowenig bindet er aber auch die Parteien; dieselben können — abweichend von dem H. E. und N. E. — ungeachtet eines solchen neue Rechtsbehelfe (Angriffs- und Vertheidigungs- wie Beweismittel) vorbringen; die Eventualmaxime ist auch in dieser Richtung beseitigt, da die mündliche Verhandlung nicht schon mit dem Beweisbeschluß, sondern erst mit dem Endurtheil schließt (vgl. Anm. 2).

5) Obwohl demnach der Beweisbeschluß eine mit bestimmten rechtlichen Folgen verknüpfte feste Grenze innerhalb des Hauptverfahrens (vgl. § 247 Anm. 1) nicht bildet, theilt er doch dasselbe im regelmäßigen Laufe der Dinge in zwei Theile. In den Theil vor Erlaß des Beweisbeschlusses fällt darnach, wie die Mot. hervorheben:

a) die Behauptung der Thatsachen, auf welche die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel stützen (§ 251),
b) die Antretung des Beweises unter Bezeichnung der einzelnen Beweismittel, deren sich die Parteien zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen wollen (§ 255),
c) das Vorbringen der Beweiseinreden (§ 256),
d) die Erklärungen über die thatsächlichen Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden des Gegners (§§ 129, 255),
e) die Stellung der Anträge (§ 269),
f) die weitere Verhandlung über die thatsächlichen Behauptungen und über die Zulässigkeit der Beweismittel,
g) Zwischenstreitigkeiten, wie das Editionsverfahren (§§ 389 ff.) und das Echtheitsverfahren in Betreff vorgelegter Urkunden (§§ 402 ff.), so lange nicht Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen sind.

In den zweiten Theil fällt die Beweisaufnahme und die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht (§ 335). In dieser können aber dem Obigen nach die regelmäßig in den ersten Theil fallenden Handlungen von Neuem vorkommen. (Vgl. auch v. Canstein, Grundlagen S. 209, Fitting, Vortr. S. 49 ff.)

6) Ein in der RTK. von dem Abg. Bähr gestellter Antrag, welcher bezweckte, in wesentlicher Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des H. E. (§§ 245, 246) die Eventualmaxime bei-

zubehalten und durch den Beweisbeschluß, ohne denselben für den Richter bindend zu machen, eine Zäsur in dem Hauptverfahren herbeizuführen, wurde nach lebhafter Debatte abgelehnt.

Ueber die hier einschlagenden Fragen besteht eine reiche Literatur: vgl. Wetzell S. 941 ff., 964 ff.; Albrecht: Die Ausdehnung des Eventualprinzips im gem. Civilprozeß, 1837; Planck: Lehre von dem Beweisurtheil, 1848, S. 228 ff., 364 ff., 388 ff., Hann. Prot. VI S. 1754 ff., X S. 3127 ff., XIV S. 5216 ff.; Verhandl. des 2. D. Juristentags I S. 3 ff., 36 ff., 66 ff., des 9. D. Juristentags II S. 9 ff., 78 ff., 180 ff., 221 ff., III S. 271 ff., 335 ff.; Leonhardt: Zur Reform des Civilprozesses I S. 7—56, II S. 37 ff., Hannover 1865; G. Planck in den Preuß. Jahrb. Bd. 31 (1873) S. 174 ff.; Rospatt, Vorschläge zur Aenderung des Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung, Elberfeld 1875, S. 32—58; Meisner: Noch ein Wort in letzter Stunde, Berlin 1875, S. 31—52; Verhandl. des 2. D. Anwaltstags, Berlin 1871; Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 597 ff., XV S. 347 ff.; v. Canstein a. a. O. S. 202 ff., 245 ff.; v. Bar, Recht und Beweis S. 61 ff., 98 ff.; derselbe in Behrend, Zeitschrift II S. 220 ff.; v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 106 ff., 698 ff.; Bolgiano S. 52 ff.

7) Den Gang der mündlichen Verhandlung schildert H. Meyer: „Der Prozeßgang nach der CPO. v. 30. Januar 1877 an einem Rechtsfalle dargestellt" in Gruchot, Beitr. XXII S. 1 ff. Vgl. auch Hacke: Form und Inhalt der Parteischriften nach der Civilprozeßordnung, Berlin 1878; Fitting S. 153 ff.

§ 251.

1) „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" bilden hier den Gegensatz zu den „Beweismitteln und Beweiseinreden" (§ 256). Zu ihnen gehören Einreden, Widerklage, Repliken, Dupliken usw., überhaupt die zum Angriffe oder zur Vertheidigung dienenden thatsächlichen Behauptungen (vgl. § 137), auch das Bestreiten einer Thatsache (H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 309).

„Einreden" — Ueber den Begriff und die Arten derselben s. v. Savigny, System d. RR. V S. 150 ff., Windscheid, Pand. I § 47, Wetzell § 17, Förster (Eccius) I § 53, Dernburg I § 127, Kroll, Klage u. Einrede S. 254 ff., Eck s. v. „Einrede" im Rechtslexikon I S. 649 ff. u. die dort angeführte reiche Literatur. Vgl. auch RG. VII S. 46. Wegen der Kompensationseinrede s. Schollmeyer, Kompens. S. 71.

Unter den Begriff der Einreden fallen hier auch alle prozessualischen Einwendungen des Beklagten, selbst solche, zu deren Rechtfertigung es einer Bezugnahme auf selbständige Thatsachen nicht bedarf, und welche auch von Amtswegen zu beachten sind, dagegen nicht die prozeßhindernden Einreden (§ 247), wenngleich sie zu den Einreden im weiteren Sinne gehören.

Inwieweit Einreden von Amtswegen geltend zu machen, s. Förster (Eccius) I § 53 S. 298, 299, § 57 S. 357 (Einrede der Verjährung), Dernburg I S. 285, RG. II S. 74 (kaufmännisches Retentionsrecht).

„Repliken" — stehen zu den Einreden in demselben Verhältniß wie letztere zur Klage.

Auch die Klagegründe gehören an sich zu den Angriffsmitteln, fallen aber nicht unter den § 251, weil die Klage schon vor der mündlichen Verhandlung erhoben sein muß und nicht beliebig geändert werden kann.

Zwischen den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln und den zu deren Begründung dienenden Thatsachen wird nicht unterschieden. Vgl. §§ 136, 137 Anm. 2.

2) Die Widerklage (vgl. § 33, wo auch die Literatur angeführt ist), ist, weil sie sich auf einen anderen Anspruch bezieht als die Klage, nicht eigentlich ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2) gegenüber der Klage. (So auch Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 22 ff.; vgl. A. Förster Anm. 4, Seuffert Anm. 2 u. A. Dagegen Hellmann, Lehrb. S. 442 ff.; vgl. auch Lippmann im civ. Arch. 65 S. 437 ff.) Sie wird aber in § 251 zu den Angriffsmitteln gezählt, weil sie hinsichtlich der Prozedurformen wie eine Einrede behandelt wird und gleich einer solchen von der Eventualmaxime befreit ist (vgl. Anm. 3). Ihre sonstige

Natur als Klage bleibt dabei unberührt (s. Löning a. a. O. S. 28, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 47, Kompens. S. 90, 91, Fitting § 33 Anm. 15, Petersen §§ 251 I 2 u. A.). Eine andere Art der Geltendmachung (ohne processus simultaneus) ist nicht zulässig (s. Mot. S. 189, 205; § 33 Anm. 1, Löning a. a. O. S. 9 ff.). Die sog. uneigentliche (nach Preuß. AGO. I 19 §§ 9 ff. „eigentliche") Widerklage ist der CPO. nicht bekannt.

Wegen des erforderlichen Zusammenhangs s. § 33 Anm. 2. Wegen der Fälle, in welchen die Widerklage unzulässig ist, s. § 33 Anm. 4.

Aus der Bestimmung, daß die Widerklage gleich der Einrede in der mündlichen Verhandlung geltend zu machen ist (vgl. §§ 128, 269, 469 ff.), geht hervor, daß die besonderen Vorschriften über die Erhebung der Klage, die Klageschrift, die Einlassungsfrist und die Klagebeantwortungsfrist (§§ 230, 233, 234, 244) auf die Widerklage keine Anwendung finden (Mot. S. 205). Der N. E. § 206 sprach dieses ausdrücklich aus. — Im Uebrigen gelten für die Widerklage die Vorschriften über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze. Wie die übrigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel des Beklagten, so kann auch die Klagebeantwortung (§ 244) die Widerklage aufnehmen. Von dieser Auffassung gehen auch die Mot. aus, indem sie sagen:

„Der Entwurf konnte sich, nachdem durch die §§ 33, 558, 575, 587, 608 der Umfang der Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage festgestellt war, auf einige wenige Vorschriften über die Behandlung der Widerklage beschränken. Dahin gehören die Bestimmungen des § 251 über die Bestimmung des Zeitpunktes, bis zu welchem eine Widerklage gestattet ist, des § 254 über den Eintritt der Rechtshängigkeit, des § 312 über das Versäumnißurtheil — aus den beiden letzten Vorschriften ergiebt sich, inwieweit die für die Klage geltenden Bestimmungen auf die Widerklage entsprechende Anwendung finden — und der §§ 137 und 273 über die Trennung der Verhandlung und Entscheidung der Widerklage vor der Verhandlung und Entscheidung der Klage."

[Vgl. auch Löning a. a. O. S. 127 ff., 130. Ueber den „simultaneus processus" s. das. S. 147 ff.]

Dem Inhalt nach unterliegt die Widerklage dagegen den Erfordernissen der Klage (vgl. § 230 Anm. 4—6, § 255; s. Löning a. a. O. S. 18 ff., 131); ungeachtet der äußerlichen Einheit ist inhaltlich ein doppelter Rechtsstreit vorhanden.

Die Selbständigkeit der Widerklage im Gegensatz zur Einrede zeigt sich außer in § 254 und in dem Versäumnißverfahren auch bei der Zurücknahme der Klage (§ 243 Anm. 6) und in der Möglichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung (§ 293 Anm. 3). Vgl. auch § 252 Anm. 1, ferner §§ 253, 476, GVG. § 102 ff. Bezüglich der prozeßhindernden Einreden s. § 247 Anm. 1 a. E.

Die Personen der Widerklage müssen selbstverständlich dieselben sein, wie die der Vorklage. [Wegen der Konsequenzen dieses Satzes s. Löning a. a. O. S. 64 ff., speziell bei Streitgenossen, Intervenienten usw. das. S. 74 ff.]

3) — „bis zum Schlusse — Urtheil ergeht" — mithin, wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung in mehreren Terminen stattgefunden hat, bis zum Schlusse des letzten Termins; wenn die Verhandlung durch eine Beweisaufnahme unterbrochen ist, bis zum Schlusse des Termins, in welchem nach geschehener Beweisaufnahme die mündliche Verhandlung fortgesetzt wird (vgl. §§ 90 Anm. 2, 127 Anm. 3, 142, 251—258 Anm. 2). Der Ausdruck „Urtheil" umfaßt aber andererseits alle Urtheile (§§ 272—276), insbesondere auch die Zwischenurtheile (§ 275). Da nun nach § 289 die in End- und Zwischenurtheilen enthaltene Entscheidung das Gericht bindet, so dürfen die Parteien ungeachtet des § 251 auf den durch ein End- (Theil-) oder Zwischenurtheil erledigten Prozeßstoff nicht zurückkommen; für diesen Prozeßstoff ist eben die Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, bereits geschlossen. Dagegen wird die Anbringung einer Widerklage, auch der des § 253, durch ein Theil- oder Zwischenurtheil nicht gehindert; hierin zeigt sich die materielle Selbständigkeit jenes Rechtsbehelfs (vgl. Löning a. a. O. S. 128. A. M. bezüglich des Theilurtheils: ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 147, Seuffert Anm. 4, A. Förster Anm. 2 a. E.).

§ 252. Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

N. Entw. § 160. Entw. I. u. II. — Entw. III. § 242. Mot. S. 27, 206. Prot. S. 89, 90.

---

4) Der Abs. 2 bezweckt, einen Schutz gegen Mißbräuche des nachträglichen Vorbringens von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln zu gewähren. Was „nachträglich" ist, hat der Richter gleichfalls im einzelnen Falle nach seiner freien Ueberzeugung zu beurtheilen. Der Begriff fällt keineswegs mit „nach Erlaß des Beweisbeschlusses" zusammen, obwohl dieses ein Hauptfall sein wird. Denn eine Verschleppung des Prozesses durch verspätetes Vorbringen von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln kann auch in Fällen vorkommen, in welchen der Erlaß eines Beweisbeschlusses gar nicht erforderlich gewesen ist. Vgl. § 252 Anm. 3. [Ebenso Petersen § 251 II, Wach, Vortr. S. 28 („später als redlich"), Endemann II S. 52, Gaupp II S. 76 u. A.] Die Absicht der Verzögerung oder grobe Nachlässigkeit bildet hier nicht, wie in § 252, die Voraussetzung. Ein Antrag ist ebensowenig erforderlich (vgl. § 279 Abs. 2). — Zu den Kosten gehören vor allem auch die einer neuen Beweisanordnung (vgl. GKG. § 48 u. Mot. dazu S. 66; die Verurtheilung braucht sich nicht auf die durch Verzögerung entstandenen Kosten zu beschränken (vgl. Gaupp II S. 76, H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 310, OLG. Stuttgart das. VIII S. 512 u. A.).

§ 252.

1) Der § 252 giebt ein Schutzmittel gegen die aus der Beseitigung der Eventualmaxime zu besorgenden Mißbräuche (vgl. §§ 251—258 Anm. 2). Dasselbe lehnt sich an den Grundsatz der rheinisch-französischen Praxis an, wonach das Gericht befugt ist, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel, welche nach seiner Ueberzeugung zum Verschleife der Sache geltend gemacht werden, zurückzuweisen, sofern ihre Berücksichtigung die sofortige Erlassung des Endurtheils verhindern würde (sog. Souveränetät der Gerichte). [Vgl. hierüber insbesondere Zink, Ermittelung des Sachverhalts S. 157 ff., 193 ff., v. Bar, Recht und Beweis S. 67 ff.; andererseits Leonhardt: Zur Reform I S. 43, v. Canstein, Grundlagen S. 248 ff., Nissen in Krit. Vierteljahrsschr. VIII S. 28.] — Nach § 252 ist jedoch nur die Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln des Beklagten zulässig; ein Antrag, eine gleiche Bestimmung bezüglich der Angriffs- und Vertheidigungsmittel überhaupt zu treffen, ist von der RTK. abgelehnt worden. Daher ist wohl eine Zurückweisung der Kompensationseinrede (vgl. Schollmeyer, Kompens. S. 75 ff.), nicht aber der Widerklage einschließlich der Inzidentwiderklage (A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 77 Anm. 2) auf Grund des § 252 zulässig; in dieser Beziehung gewährt der § 136 Abs. 2 Abhülfe gegen Verschleppungen (Seuffert Anm. 1). Ebensowenig ist eine Zurückweisung von Repliken des Klägers statthaft. In Bezug auf Beweismittel wird dem Gerichte die Befugniß in beschränktem Umfange in den §§ 339, 398 ertheilt. Der Natur der Sache nach bezieht sich § 252 nicht auf die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte.

2) Unter den „Beklagten" ist auch der „Widerbeklagte" rücksichtlich der Widerklage zu verstehen (Mot. S. 27, 311, Prot. S. 89).

3) Ueber den Begriff „nachträglich" vgl. § 251 Anm. 4.

> „Die Fixirung eines bestimmten Zeitpunkts verbietet die Struktur des mündlichen Verfahrens, und wenn auch in manchen Fällen die Beantwortung der Frage mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, weil sich nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt, ob ein Vertheidigungsmittel im früheren Laufe der Verhandlung vorgebracht sei, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß die Voraussetzungen für die Zurückweisung eines nachträglichen Vorbringens in der Art geregelt werden können, daß richterliche Willkür ausgeschlossen bleibt." (Mot. S. 27.)

Den Beweis dafür, ob ein Vertheidigungsmittel bereits früher vorgebracht worden sei, kann

§ 253. Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

N. Entw. § 196. Entw. I. § 230. Entw. II. § 237. Entw. III. § 243. Mot. S. 188, 189, 205, 206, 227. Prot. S. 90, 106–108.

---

der Richter sowohl aus seiner Erinnerung wie aus anderen ihm zu Gebote stehenden Quellen, z. B. Protokollen, sonstigen Aufzeichnungen usw., schöpfen (Prot. S. 90).

4) Die Zurückweisung setzt dreierlei voraus:

a) einen Antrag des Gegners (über welchen nach allgemeinen Grundsätzen der Beklagte zu hören ist),

b) in objektiver Hinsicht, daß durch die Zulassung des Vertheidigungsmittels eine Prozeßverschleppung eingetreten sein würde,

c) in subjektiver Hinsicht entweder die Absicht des Beklagten, durch verspätetes Vorbringen den Prozeß zu verschleppen, oder grobe Nachlässigkeit desselben bei nicht zeitigem Vorbringen.

Sie erfolgt durch das Urtheil (End- oder Zwischenurtheil). Ein besonderer Beschluß (Gaupp II S. 79, A. Förster Anm. 3) hat keinen Sinn und unterliegt keinenfalls der Beschwerde (s. auch Petersen § 252 III 2, Wilm. Levy Anm. 3 u. A.).

Die Zurückweisung hat den Verlust des Vertheidigungsmittels nur für die Instanz zur Folge, da dasselbe — abgesehen von der Vorschrift des § 491 Abs. 2 — in der Berufungsinstanz von neuem geltend gemacht werden kann.

In einem neuen Prozesse kann die Einrede selbstverständlich nur dann geltend gemacht werden, wenn sie (wie die der Kompensation) nach bürgerlichem Recht bzw. den Grundsätzen der Rechtskraft (§ 293 Anm. 3, 4) dazu geeignet ist.

5) In der Berufungsinstanz findet eine gänzliche Zurückweisung der Vertheidigungsmittel nicht statt, vielmehr nur ein Vorbehalt gesonderter Geltendmachung (§§ 502, 503). In Ehesachen findet § 252 überhaupt keine Anwendung (§ 583).

§ 253.

1) Die Vorschrift steht in enger Verbindung mit den §§ 231 und 293. Das Gesetz schlägt einen Mittelweg zwischen der Theorie v. Savigny's über die Rechtskraft der sog. Elemente des Urtheils und der preußisch-französischen Praxis ein, indem es (im Anschluß an den N. E. § 196) mit Hülfe der Anerkennungs- (Feststellungs-) Klage (§ 231) durch die hier geregelte Inzident-Feststellungsklage die Möglichkeit gewährt, über ein im Laufe des Prozesses streitig, aber nicht rechtshängig gewordenes Rechtsverhältniß, welches für die Entscheidung präjudiziell ist, über welches aber an sich nur in den Entscheidungsgründen oder durch Zwischenurtheil (§ 275) entschieden werden könnte, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken. Während also nach jener Theorie lediglich das Gesetz — nach Maßgabe der zwischen dem streitigen Rechtsverhältnisse und dem praktischen letzten Resultate des Rechtsstreits obwaltenden logischen Beziehung — bestimmt, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll, läßt die CPO. in dieser Hinsicht den Willen der Parteien bestimmend wirken. Es genügt aber nicht, daß die Absicht, gewisse Präjudizialpunkte mit entscheiden zu lassen, überhaupt erkennbar sei; sondern dieselbe muß — abgesehen von § 293 Abs. 2 — gerade in der in § 253 bestimmten Form in die Erscheinung getreten sein.

2) „Bis zum Schlusse — ergeht" — vgl. § 251 Anm. 3. Die vorliegende Klage (Inzident-Feststellungsklage — Mot. S. 227) ist in Betreff der prozessualen Geltendmachung und des Zeitpunkts, bis zu welchem ihre Erhebung gestattet ist, nach § 254 auch bezüglich der

Rechtshängigkeit, der Widerklage gleichgestellt (s. § 33 Anm. 3. A. M. Lippmann im civ. Arch. 65 S. 358 ff., 396 ff., welcher weder hinsichtlich der Widerklage noch hinsichtlich der in Folge einer Einrede erhobenen Inzidentfeststellungsklage Rechtshängigkeit eintreten läßt; Löning a. a. O. S. 14 ff., 55 bestreitet mit Unrecht jeden Unterschied von der gewöhnlichen Widerklage; s. dagegen Wendt, im civ. Arch. 70 S. 39 Anm. 4). Wegen Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze gelten die allgemeinen Bestimmungen. — Vgl. auch § 251 Anm. 2, 3, § 245.

Auf die örtliche Zuständigkeit kommt es nicht an, da § 253 für die vorliegenden Klagen einen besonderen Gerichtsstand — des inneren Zusammenhangs bzw. der Widerklage — begründet, und zwar ohne zu unterscheiden, ob etwa ein anderer, ausschließlicher Gerichtsstand des streitigen Rechtsverhältnisses (§ 12 Anm. 1) besteht. Freilich ist nicht ausdrücklich von „Gerichtsstand" und „Zuständigkeit" die Rede. Dies spricht aber gerade dafür, daß diese Bedingung nicht gestellt ist. [Daß die abweichende Ansicht (Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp II S. 83, Löning a. a. O. S. 17 ff., 99 (s. jedoch das. S. 63), welchem auch Petersen § 254 Nr. 2 (unter Aufgabe der von ihm in s. 1. Aufl. sowie in Busch, Zeitschr. II S. 195 ff. vertheidigten, zum Theil abweichenden Ansicht) und v. Bülow Anm. 3 beitreten, Wach im civ. Arch. 62 S. 401 ff. u. Handb. I S. 488 ff., Sarwey I S. 384, A. Förster Anm. 4; s. auch Endemann II S. 59), welche in jenem letzteren Falle eines anderen ausschließlichen Gerichtsstandes den Richter verpflichten will, die Inzidentfeststellungsklage wegen Unzuständigkeit von Amtswegen abzuweisen, innerlich nicht gerechtfertigt ist und zu bedenklichen Resultaten führt, zeigt Baron in Busch, Zeitschr. I S. 36—42; s. auch Bolgiano S. 138 Anm. 2, Kroll, Klage u. Einrede S. 62, Hellmann II S. 72 ff. u. Lehrb. S. 143 ff., wo namentlich mit Recht hervorgehoben wird, daß alsdann der Satz für die Präjudizialwiderklage ganz überflüssig sein würde. Ganz haltlos ist der Unterschied, welchen Schollmeyer, Zwischenstreit S. 34 hier zwischen „Erhebung" und „Verhandlung" machen will (s. auch Löning a. a. O. S. 101 Anm. 130).]

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit trifft § 467 besondere Vorsorge. In den umgekehrten Fällen ist das Landgericht auch für die an sich nicht dahin gehörige Inzidentfeststellungsklage zuständig. Vgl. auch GVG. § 105.

3) — „der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags" — (Präjudizial-Inzidentklage), wenngleich in blos negativer Richtung, z. B. durch den Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens einer zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung in ganzer, den Klaganspruch übersteigender Höhe (wie in der RTK. konstatirt wurde) [so auch Wilm. Levy Anm. 1. A. M. in letzterer Hinsicht: Seuffert Anm. 2, Löning a. a. O. S. 51, Kroll a. a. O. S. 62, A. Förster Anm. 2, weil der zur Kompensation nicht verwendete Ueberschuß nicht präjudiziell sei; vgl. jedoch unten Anm. 5], oder in Bezug auf ein anderes Rechtsverhältniß, welches durch die Vertheidigung des Beklagten hervorgezogen ist und sich aus dem ursprünglichen Klaggrund nicht ergiebt (vgl. § 240 Anm. 4).

4) — „der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage" — (Präjudizial-Inzidentwiderklage); auch diese ist in die Klagebeantwortung (§ 244) aufzunehmen. Der bloße Intervenient ist dazu auch im Falle des § 66 nicht befugt (s. §§ 64 Anm. 1, 66 Anm. 2).

5) — „ein im Laufe des Prozesses — abhängt" — Das präjudizielle Verhältniß des streitigen Inzidentpunkts, z. B. der Hauptschuld zu den eingeklagten Zinsen, der Reallast zu den eingeklagten Rückständen 2c. (s. § 139), ersetzt das Erforderniß des rechtlichen Interesse (§ 231). [Vgl. auch § 33 Anm. 2 u. Förster (Eccius) I § 48 S. 258, § 55 S. 319.] Hiermit soll nichts anderes gesagt sein, als daß bei dem Vorhandensein der Erfordernisse des § 253 ein rechtliches Interesse nicht weiter nachzuweisen ist (s. Löning a. a. O. S. 15, 16, Petersen § 254 Nr. 2), während das bloße Interesse an alsbaldiger Feststellung als aktive Legitimation nicht genügt (s. Löning a. a. O. S. 66 Anm. 77). § 253 ist auch auf das Verhältniß des Ganzen zum Theil anwendbar, z. B. wenn ein Theil der Forderung eingeklagt und im Wege der Widerklage die Feststellung der ganzen Forderung verlangt wird, sowie in dem oben Anm. 3

§ 254. Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

N. Entw. § 207. Entw. I. § 229. Entw. II. § 238. Entw. III. § 244. Mot. S. 189. Prot. S. 90.

§ 255. Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

---

angeführten Falle der Präjudizial-Inzidentklage. (So auch Prot. S. 90, Endemann II S. 57 ff., Wilm. Levy Anm. 1, Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 517 Anm. 2. A. M.: Seuffert Anm. 2, Löning a. a. O. S. 51 Anm. 51, S. 55 ff.). Andererseits ist Präjudizialität hier nicht gleichbedeutend mit „Identität" (vgl. § 231 Anm. 12, Seuffert Anm. 4c, Löning a. a. O. S, 55).

Die Beweislast regelt sich lediglich nach materiellem Recht (RG. IX S. 337).

Der Ausdruck „Rechtsverhältniß" weist darauf hin, daß hier nicht auch die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (wie in § 231) Gegenstand der Feststellung sein darf.

Hört die Präjudizialität auf in Folge der Wendung, welche der Prozeß nimmt, z. B. weil die Hauptklage zurückgenommen oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen wird, so erledigt sich auch die (immer nur eventuell angestellte) Präjudizial-Inzidentklage oder -Widerklage (vgl. Schollmeyer, Kompens. S. 30, 31).

6) — „durch richterliche Entscheidung" — Die Entscheidung ist auch in diesem Falle in die Urtheilsformel (§ 284 Anm. 5) aufzunehmen und unterliegt der materiellen Rechtskraft (vgl. § 293 Anm. 2). Sie kann nur mittels Endurtheils, nicht mittels Zwischenurtheils ergehen, da es sich nicht blos um selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel oder um einen Zwischenstreit handelt (vgl. § 275, Kroll a. a. O. S. 63, Wilm. Levy Anm. 3. A. M. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 26 ff.).

§ 254.

1) Ueber Rechtshängigkeit vgl. § 235, § 253 Anm. 2.

2) — „erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs" — im Gegensatze zur Klage (§ 235 Abs. 1), also — abgesehen von den durch Klagverbesserung (§ 240 Nr. 2 u. 3) oder zulässige Klagänderung geltend gemachten Ansprüchen — Widerklage, Präjudizial-Inzidentklage und Präjudizial-Inzidentwiderklage, nicht bloße Einreden mit Ausnahme der „Gegenforderung" (§§ 235 Anm. 1, 293 Abs. 2). [A. M. bezüglich der Gegenforderung RG. VI S. 422; vgl. jedoch § 235 Anm. 1.] Da diese Ansprüche sämmtlich — mit Ausnahme der Klagverbesserungen und Klagänderungen, die nach § 230 auch durch Zustellung eines Nachtrags zur Klagschrift geltend gemacht werden können — nach § 251 bzw. 253 nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern in der mündlichen Verhandlung erhoben werden, kann die Rechtshängigkeit mit ihren Wirkungen erst in dem Zeitpunkte eintreten, in welchem die Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung erfolgt. Vgl. auch § 296 Anm. 6.

§ 255.

Vgl. die allg. Bem. zu den §§ 251—258.

1) Die Beweisantretung (richtiger: das Beweiserbieten) und die Erklärung über die gegnerischen Beweismittel erfolgt, gleichwie die Aufstellung der thatsächlichen Behauptungen und die Erklärung über die gegnerischen Behauptungen, vor Erlaß des Beweisbeschlusses (vgl. auch § 121 Nr. 5); der besondere, auf Grund des vorgängigen Beweisinterlokuts stattfindende Beweisantretungstermin des gemeinrechtlichen Prozesses und der Hann. PO. (§ 215) fällt damit fort (Planck, Beweisurtheil S. 368 ff.).

— „hat anzutreten — und sich zu erklären" — Die Nachtheile der Nichtbefolgung der erstgedachten Anweisung bestimmen sich nach der Beweislast (Beweispflicht), also nach

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

N. Entw. § 466. Entw. I. § 231. Entw. II. § 239. Entw. III. § 245. Mot. S. 25—36, 195—204. Prot. S. 90.

---

dem materiellen Recht (§§ 323, 324 Anm. 2). Die Folgen der Nichterklärung über die gegnerischen Beweismittel bestehen in dem Verluste der Beweiseinreden (§ 256 Anm. 2).

2) Die Beweisverbindung beschränkt sich nicht blos, wie nach französischem Recht, auf die Angabe der Beweismittel der Art nach (Zeugen, Sachverständige, Urkunden usw.), so daß die individuelle Bezeichnung der Beweismittel dem Beweisaufnahmeverfahren vorbehalten bleibt, sondern es ist in Uebereinstimmung mit den meisten derjenigen Gesetzgebungswerke, welche das System der Beweisverbindung angenommen haben (Preuß. AGO. I 5 § 5 Abs. 2, Württ. PO. Art. 411, P. E. §§ 307 ff., H. E. § 280, N. E. § 466), die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel vorgeschrieben. Die Mot. (S. 198) äußern hierüber:

„Mit vollem Rechte ist darauf hingewiesen, daß der große Vorzug der Beweisverbindung darin besteht, daß die Parteien genöthigt werden, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen vorzubringen, daß dieser Vortheil aber aufgegeben werde, wenn man die Beweisverbindung auf die Angabe der Beweismittel der Art nach reduzire. Abgesehen hiervon hat die Bestimmung des bayerischen Rechts nur für ein Verfahren Bedeutung, welches, wie der französische Prozeß, durch Beschränkung des Zeugenbeweises den Urkundenbeweis in den Vordergrund drängt" usw.

[Vgl. auch Hann. Prot. VI S. 1843, 1846, Petersen in Busch, Zeitschr. IV S. 314 ff.]

„Beweismittel" sind die äußeren Mittel oder Werkzeuge — Personen oder Sachen, vermöge welcher dem Richter in der Vergangenheit liegende Thatsachen vorgeführt werden. Im Gegensatz dazu versteht man unter Beweisgründen die Thatsachen, aus denen auf den Beweissatz zu schließen ist, z. B. außergerichtliches Geständniß (vgl. §§ 261—263 Anm. 3), und die sog. Indizien (vgl. Anm. 6); dieselben müssen selbst wieder durch Beweismittel bewiesen werden. Beweismittel und Beweisgründe zusammen bilden den Gegenstand des materiellen Beweisrechts (s. auch Petersen §§ 255, 256 II, S. 428, 429).

Ueber die Grundlagen des Beweisrechts und besonders über die Beweismittel s. Heusler: Die Grundlagen des Beweisrechts, im civ. Arch. 62 S. 209 ff. und die Kritik dieser Schrift von Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 471 ff.; Wendt: Beweis und Beweismittel, im civ. Arch. 63 S. 254 ff., v. Canstein: Die Grundlagen des Beweisrechts, in Busch, Zeitschr. II S. 297 ff., Ude das. VI S. 432 ff., Wach, Vortr. S. 148 ff., Hellmann, Lehrb. S. 461 ff. Vgl. auch über das Verhältniß zur StrPO. John, Strafprozeßordnung. Erlangen 1881. I S. 11 ff., 460 ff.

3) Eine Aufforderung zur Bezeichnung der Beweismittel für den Fall, daß von dem Gerichte Thatsachen für erheblich erachtet werden, rücksichtlich welcher von der beweispflichtigen Partei ein Beweis nicht angetreten ist (Württ. PO. Art. 415, Bayer. PO. Art. 328 usw.), hat die CPO. in konsequenter Durchführung des Systems der Beweisverbindung nicht adoptirt. Bis zu einem gewissen Grade bietet aber das Fragerecht des Vorsitzenden (§ 130 Abs. 1), vermöge dessen derselbe auf die Bezeichnung der Beweismittel hinzuwirken hat, einen Ersatz für das durch die Aufforderung des Gerichts bezweckte Korrektiv gegen die mit der Beweisverbindung für das materielle Recht der Parteien verbundenen Gefahren. [Vgl. Hann. Prot. VIII S. 2658—2669, XIV S. 5244—5266; Schmitt, Bayer. Civilprozeß II S. 169, 170. S. auch § 130 Anm. 2, §§ 323, 324 Anm. 3, §§ 133, 134.]

4) Die CPO. hat, abgesehen von § 16 Nr. 1 des EG. z. CPO., den gemeinrechtlichen Ausdruck „Gegenbeweis" vermieden und statt dessen die Ausdrücke „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" (vgl. auch §§ 121 Nr. 5, 324 Nr. 3) oder „Beweis des Gegentheils" (§§ 153 Abs. 2, 411, 428, 429) gewählt. Vgl. auch §§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2. In den Mot. (S. 196, 197) heißt es in dieser Hinsicht u. A.:

„Mit der Beweisverbindung des Entwurfs ist der Begriff des Gegenbeweises im gemeinrechtlichen Sinne unvereinbar. Dieser Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut des gemeinen Rechts oder der Hann. PO. adoptirt hat; nur in einem solchen Verfahren kann einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem solchen Verfahren ist eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie sie sich im gemeinen Prozeßrechte entwickelt hat, möglich und angebracht. Werden mit der Aufstellung der Behauptungen die Beweise angetreten, und werden Beweise angetreten, ohne daß entschieden wird, wem die Beweislast obliegt, so läßt sich zwar die Richtung der Beweisführung — ob ein Beweismittel zum Nachweise oder zur Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung dienen soll — unterscheiden, allein darin liegt bekanntlich das Wesen des Gegensatzes zwischen Beweis und Gegenbeweis nicht. Nach dem System des Entwurfs wird der Beweis nicht auferlegt, es kann sonach der Gegenbeweis nicht stillschweigend vorbehalten sein; für die Behauptung wie für die Gegenbehauptung muß der Beweis von den Parteien von vornherein angetreten werden; den einen, wie den anderen muß der Richter durch den Beweisbeschluß zugelassen haben, wenn er überhaupt zur Aufnahme kommen soll, und wenn auch schon bei Zulassung der Beweise der Richter sich klar zu machen haben wird, was aus dem Nachweise oder der Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung für die Entscheidung folgt, so kommt doch die Beweispflicht der einen oder anderen Partei als solche erst in Frage, wenn das Resultat des erhobenen Beweises gezogen wird und sich dabei herausstellt, daß nichts erwiesen sei; daraus folgt, daß eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen ist, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten hat; die Frage, ob und was bewiesen ist, tritt in den Vordergrund."

(Vgl. hiegegen Bolgiano S. 505 und im civ. Arch. 59 S. 205 ff.; s. auch dessen: Ges. Abhandl. S. 102 ff.)

Freilich bleibt der materielle Begriff des Gegenbeweises, wie die angeführten Stellen zeigen, unberührt (s. auch Wach, Vortr. S. 159). — Die Regel „reprobatio reprobationis non datur" hat, obwohl an den materiellen Grundsätzen der Beweislast nichts geändert ist (vgl. §§ 323, 324 Anm. 2), keine Bedeutung mehr, weil sie nur einen Ausfluß der Eventualmaxime bildet, und der Satz, daß dem angegriffenen Theile das letzte Wort gebührt, durch die Zulassung neuer Beweismittel gegen die zur Widerlegung bestimmten Beweismittel nicht verletzt wird, indem ja der angegriffene Theil seinerseits an der Widerlegung der neuen Beweismittel nicht gehindert ist. (A. M. Bolgiano S. 520, im civ. Arch. 59 S. 213 u. in Busch, Zeitschr. III S. 196 ff.) Bezieht man jene Regel nicht auf die Reihenfolge der Beweise, so ist es freilich in der Natur der Sache begründet, daß es gegen einen Gegenbeweis, der nicht etwa bloß ein sog. indirekter, d. h. Hauptbeweis von Einreden, ist, nicht nochmals Gegenbeweis giebt (s. Förster (Eccius) I § 54 S. 302). Vgl. noch §§ 323, 324 Anm. 1, 2.

5) Die CPO. hebt in den Tit. 6—10, auf welche der Abs. 2 des § 255 Bezug nimmt, nur die wichtigsten Beweismittel hervor (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid); die Zulässigkeit anderer Beweismittel — welche Siebenhaar S. 290 (s. auch Hellmann, Lehrb. S. 475 u. Seuffert Anm. 5) mit Unrecht sämmtlich für Beweisgründe hält; ist z. B. ein Kerbholz nicht ebenso gut ein Beweismittel wie eine geschriebene Urkunde? — ist dadurch aber, wie die Mot. ausdrücklich bemerken, nicht ausgeschlossen. Vgl. Anm. 2 und § 259.

6) Den Satz (vgl. z. B. H. E. § 286), daß sich eine Partei zum Beweise oder zur Widerlegung derselben thatsächlichen Behauptung gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln bedienen kann, erklären die Mot. für selbstverständlich. — Die Bestimmung aber (Württ. PO. Art. 406; vgl. auch Bayer. PO. Art. 326), daß streitige Thatsachen unmittelbar oder mittelbar durch die Erweisung solcher Thatsachen bewiesen oder widerlegt werden können, aus welchen sich die Wahrheit bzw. Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen mittels Schlußfolgerungen ergiebt, ist, theils als selbstverständlich, theils als leicht dem Mißverständniß ausgesetzt, weggelassen worden. In dieser Hinsicht sagen die Mot. (S. 199):

„Mit der Beweisverbindung des Entwurfs ist der Begriff des künstlichen Beweises — oder richtiger der künstlichen Beweisführung — im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie unvereinbar. Denn sollen mit der Aufstellung der Thatsachen zugleich die Be-

§ 256. Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des §. 251 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. § 233. Entw. II. § 240. Entw. III. § 246. — Mot. S. 25—36, 195—198. Prot. S. 90.

weise angetreten werden, so müssen die Thatsachen so konkret vorgelegt werden, wie die Benutzung der Beweise es erfordert. Daraus folgt, daß sich die Parteien nicht darauf beschränken können, die unmittelbar erheblichen Thatsachen zu benutzen, vielmehr verpflichtet sind, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen sofort in der Verhandlung vor Erlaß des Beweisbeschlusses vorzubringen. Dadurch wird der Richter in den Stand gesetzt, die von der Partei gezogenen Schlußfolgerungen prüfen und die angebotenen Beweise sofort verwerfen zu können, wenn er sich von der Richtigkeit der Schlußfolgerungen nicht zu überzeugen vermag. Dieser Vortheil, die Vermeidung nutzloser Beweisführungen, würde aufgegeben werden, wenn in dem Beweisbeschlusse nicht die mittelbar erhebliche Thatsache, sondern, der gemeinrechtlichen Theorie entsprechend, die unmittelbar erhebliche Thatsache zum Beweise verstellt und die Auflösung des letzteren in künstlichen Beweis nach Erlaß des Beweisbeschlusses gestattet würde."

(Vgl. auch Hann. Prot. XV S. 5577—5581; v. Canstein a. a. O. S. 31 ff., 46; s. jedoch Bolgiano S. 496, Hellmann, Lehrb. S. 481 ff.)

Dieser Grundsatz gilt insbesondere auch hinsichtlich der sog. Rechtsvermuthungen (EG. z. CPO. § 16 Nr. 1, CPO. § 259 Anm. 3); d. h. die die Vermuthung begründenden Umstände müssen rechtzeitig (sogleich mit dem Beweissatze) unter Beweis gestellt werden. Anders im gemeinrechtlichen Prozesse (Bolgiano, Ges. Abh. S. 209 ff.). Der Gegenbeweis folgt den Regeln der CPO. [RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1110].

7) Die Vorschriften der Landesgesetze, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen, treten nach § 14 Nr. 2 des EG. z. CPO. außer Kraft. Dieses gilt insbesondere von den Vorschriften des französischen Rechts (Code civ. art. 1341 ff.) über die Beschränkung des Zeugenbeweises.

Auch durch Vertrag können Beschränkungen in der Zulässigkeit der Beweismittel nicht eingeführt werden (vgl. § 259 Anm. 5, Hellmann II S. 82, Seuffert Anm. 6 u. A.). Ebensowenig können die Parteien sich außergerichtlich zu prozessualischem Nichtbestreiten oder Nichtbehaupten wirksam verpflichten (sog. Beweisvertrag). [Vgl. Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 65 ff., Wendt im civ. Arch. 63 S. 297 ff., Wach das. 64 S. 218 ff. sowie die allg. Bem. z. d. §§ 261—263.]

§ 256.

Vgl. die allgem. Bem. zu §§ 251—258, § 251 Anm. 3 u. 4; GKG. § 48.

1) Der § 256 geht in konsequenter Durchführung der Beweisverbindung und der Aufhebung der Eventualmaxime völlig parallel mit § 251.

2) „Beweismittel" — vgl. § 255 Anm. 2.

„Beweiseinreden" — Eine Begriffsbestimmung enthält d. CPO. nicht. Die Mot. (S. 196) erklären sie für entbehrlich. (Der H. E. § 285 definirt sie als „selbständige, thatsächliche, gegen die Zulässigkeit, die rechtliche Wirksamkeit oder die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels gerichtete Einwendungen". Aehnlich auch N. E. § 475, Fitting § 45 S. 153, 154.) Mit dem Wegfall der Eventualmaxime hat der Begriff in der That kein erhebliches praktisches Interesse mehr. Bei Anwendung des Abs. 2 werden aber Einreden, welche nicht auf neuen Thasachen beruhen, außer Betracht bleiben. (Vgl. Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp II S. 91.)

3) Darüber, wie innerhalb des nach Abs. 1 dafür freigelassenen Zeitraums die Verbindung der Beweise mit den Behauptungen erfolgen soll, — ob insbesondere im Laufe der Verhandlungen oder am Schlusse derselben — hat die CPO. keine Anweisung ertheilt. Die Mot. (S. 197) bemerken:

§ 257. Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

N. Entw. — Entw. I. § 232. Entw. II. 241. Entw. III. § 247. Mot. S. 204, 205. Prot. S. 90.

§ 258. Ueber das Ergebniß der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

„Jeder gesetzliche Formalismus, welcher den natürlichen Gang des Prozesses beeinträchtigen und den Parteien oder dem Gerichte die Hände binden könnte, erscheint verwerflich; richtet man zwischen der Angabe der Behauptungen und der Beweise eine Schranke auf, so nimmt man der mündlichen Verhandlung die Beweglichkeit und Lebendigkeit, welche einen Hauptvorzug derselben bilden. In verwickelteren Fällen mag es angemessen sein, daß der Beweis erst am Schlusse der Verhandlung angetreten werde, und daß zu dem Behufe eine kurze Wiederholung der aufgestellten streitigen Thatsachen stattfinde; in den die überwiegende Mehrzahl bildenden einfachen Fällen wird ein derartiges, von Bayern Art. 394 generell vorgeschriebenes Verfahren zu überflüssigen Wiederholungen führen und der Prozedur einen formalistischen Anstrich verleihen."

Es hängt mithin Alles vom Ermessen der Parteien bezw. des Gerichts oder dessen Vorsitzenden (§§ 127, 130) im einzelnen Falle ab. (Vgl. auch Hann. Prot. XIV S. 5247, 5258, Nordd. Prot. S. 641, 642, Fitting S. 154.)

4) Abs. 2: Vgl. § 251 Anm. 4, GKG. § 48. Auf demselben Prinzipe beruhen die Spezialbestimmungen der §§ 339, 398.

5) Ueber die Zulassung nachträglich vorgebrachter Beweismittel, insbesondere neuer Zeugen, kann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung vom Prozeßgerichte ein Beschluß gefaßt werden. Ein beauftragter oder ersuchter Richter ist zur Zulassung nicht befugt, selbst nicht, wenn beide Parteien einverstanden sind. (So auch Petersen in Busch, Zeitschr. IV S. 314 ff. A. M. das dort erwähnte, von französischrechtlichen Anschauungen ausgehende Urtheil des OLG. zu Zweibrücken.)

§ 257.

Vgl. die allg. Bem. zu §§ 251—258.

1) Den Inhalt des Beweisbeschlusses bestimmt § 324. — Ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren und mithin auch ein Beweisbeschluß ist nicht erforderlich, wenn in der mündlichen Verhandlung erhebliche und des Beweises bedürftige (vgl. § 264) Thatsachen überhaupt nicht streitig sind (H. E. § 280), oder wenn das Gericht bereits aus den mündlichen Parteiverhandlungen seine Ueberzeugung gewonnen hat (§ 259), oder wenn die Beweisaufnahme sofort, d. h. in demselben Verhandlungstermine, in welchem der Beweis angetreten wird, erfolgen kann (z. B. wenn die Zeugen sistirt sind), und das Gericht die sofortige Beweisaufnahme für angemessen erachtet.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 18 Nr. 2 sowie § 22 in der Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. §§ 13 Nr. 4, 43. Vgl. § 324 Anm. 8.

2) Nach den Grundsätzen der CPO., welche fest abgegrenzte Abschnitte innerhalb des Hauptverfahrens nicht kennt, kann im Laufe desselben Prozesses — auch abgesehen von einer gerichtsseitig angeordneten Trennung — die Anordnung eines Beweisaufnahmeverfahrens wiederholt vorkommen. Vgl. auch § 450.

§ 258.

Vgl. die allg. Bem. zu §§ 251—258.

1) Das Beweisaufnahmeverfahren erscheint nach der CPO. als ein Zwischenfall, welcher den regelmäßigen Verlauf des Prozesses hemmt. Ist die Beweisaufnahme beendet, so kehrt die Sache zur Sitzung zurück; die früher unterbrochene mündliche Verhandlung ist, durch das Ergebniß der Beweisaufnahme vervollständigt, fortzusetzen (§ 335), und auf Grund dieser fortgesetzten Verhandlung ergeht das Urtheil. Dieser auch in den Mot. vertretenen Auffassung in Verbindung mit den Grundsätzen des mündlichen Verfahrens entspricht es, daß nach § 258

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt, so haben die Parteien das Ergebniß derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.

N. Entw. §§ 491, 492. Entw. I. § 234. Entw II. § 242. Entw. III. § 248. Mot. S. 204, 205. Prot. S. 90, 91.

Abs. 1 die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln haben. Strenggenommen müßte diese Darlegung alle erheblichen, bei der früheren Verhandlung aufgestellten thatsächlichen Behauptungen umfassen; sofern aber ein Wechsel in dem Richterpersonal nicht eingetreten und die frühere Verhandlung dem Gedächtnisse der Richter nicht entschwunden ist, reicht es aus, wenn bei der Darlegung auf die frühere Verhandlung Bezug genommen wird, und eine früher vorgebrachte, nicht wiederholte Behauptung einer Partei (Einrede usw.) kann alsdann nicht ohne Weiteres unberücksichtigt bleiben; vielmehr ist es die Aufgabe des richterlichen Fragerechts, den darüber etwa bestehenden Zweifel zu heben (A. M. ObLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 172).

Die Terminologie des N. E. (§§ 474, 490 usw.), welcher zwischen „Hauptverhandlung" und „Schlußverhandlung" unterscheidet und unter ersterer die mündliche Verhandlung bis zum Beweisbeschlusse, unter letzterer die mündliche Verhandlung über das Ergebniß der Beweisaufnahme und den sich daran anschließenden Streitstoff versteht, paßt nicht für das System der CPO., welche, wie die Mot. S. 34 hervorheben, den Schwerpunkt des Ganzen in die letzte Verhandlung legt und alle früheren Termine nur als präparatorische ansieht, womit jedoch nicht gesagt ist, daß letztere völlig bedeutungslos sind. (So auch Seuffert §§ 119 Anm. 4, 258 Anm. 5, Wach, Vortr. S. 6, 7 unter Berufung auf § 259. Zu weit geht in dieser Beziehung Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 294 ff.; vgl. dagegen H. Meyer das. XXVIII S. 737 ff., welcher zugleich den praktischen Unterschied zwischen einer fortgesetzten und einer von neuem begonnenen Verhandlung richtig hervorhebt.) Vgl. auch § 90 Anm. 2, § 206. Wegen der kommissarischen Beweisaufnahme vgl. Anm. 3.

2) Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Beweisaufnahmetermin zugleich für die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt (§ 335 Abs. 1); erfolgt die Beweisaufnahme dagegen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (§§ 337, 340, 370, 399, 441), so kann der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung sofort in dem Beweisbeschlusse bestimmt werden; ist dieses nicht geschehen, so wird der Termin nach Beendigung der Beweisaufnahme von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht (§ 335 Abs. 2).

Wegen der Gebühren s. GO. f. RA. § 17. Die hier bestimmte erhöhte Verhandlungsgebühr tritt jedoch nur ein, wenn ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren (§§ 257, 323) voraufgegangen ist (RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 10 S. 1).

3) Abs. 2: Im Einklange mit dem H. E. § 304 und N. E. § 491 haben die Parteien — nicht, wie nach Hann. PO. § 236, Württ. PO. Art. 441 ein vom Vorsitzenden ernannter Berichterstatter — das Ergebniß der Beweisaufnahme vorzutragen, wobei sie das aufgenommene Protokoll benutzen können (§ 146 Nr. 3 u. 4). Die Möglichkeit, daß eine Partei das Ergebniß unvollständig oder unrichtig vorträgt, birgt schon deshalb nur eine geringe Gefahr in sich, weil in der Regel der Gegner ein Interesse an der Vervollständigung und Berichtigung haben wird. Nöthigenfalls hat der Vorsitzende in Gemäßheit des § 127 Abs. 3 die Vervollständigung und Berichtigung, eventuell nach Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142), zu veranlassen (N. E. § 492 Abs. 2, Nordd. Prot. S. 670—673). Ein Antrag, dies — wie in § 488 Abs. 2 — hier auszusprechen, ist von der RTK. als selbstverständlich abgelehnt worden. Hat aber auch jenes Mittel keinen Erfolg, so bleibt — soweit es sich nicht um von Amtswegen zu beachtende Punkte handelt — lediglich der Parteivortrag maßgebend. (A. M. Wach, Vortr. S. 6 ff., welcher die kommissarische Beweisaufnahme auch unabhängig vom Parteivortrage berücksichtigt wissen will; desgl. v. Kries Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der Deutschen Prozeßordnungen, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft VI S. 114, 118 ff. Vgl. jedoch § 488 Anm. 2, RG. IV S. 379,

§ 259. Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

N. Entw. § 455. Entw. I. § 235. Entw. II. § 244. Entw. III. § 249. Mot. S. 206—208. Prot. S. 91, 92.

Puchelt II S. 58, Seuffert Anm. 4, Endemann II S. 69, 70, Gaupp II S. 94, Petersen §§ 257, 258 II 2, Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 201, 506 u. A.) Der Vorsitzende ist auch befugt, die Anwälte zur wörtlichen Verlesung einzelner Theile der Beweisverhandlungen zu veranlassen (A. M. Koffka in Gruchot, Beitr. XXV S. 281). — Ist eine der Parteien nicht erschienen, so finden — abweichend von H. E. § 305 und N. E. § 491 Abs. 1 — die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnißverfahren Anwendung (§ 297). Bleiben beide aus, so ruht das Verfahren (§ 228 Abs. 2).

4) Ein Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme soll in dem Falle, daß letztere vor dem Prozeßgerichte selbst erfolgt ist, niemals stattfinden. Zwar ist es denkbar, daß, wenn die Fortsetzung der Verhandlung sich nicht sofort an die Beweisaufnahme angeschlossen hat und in dem späteren Termine entweder ein Wechsel im Richterpersonal eingetreten oder das Ergebniß der Beweisaufnahme dem Gedächtnisse der Richter entschwunden ist, die spätere Verhandlung und Entscheidung nicht auf Grund jener Beweisaufnahme erfolgen kann. Allein in solchen, durch angemessene, dem Gedächtnisse der Richter zu Hülfe kommende Protokollirung (§ 146 Nr. 3, 4) oder durch Vertagung der Verhandlung bei blos vorübergehender Verhinderung eines der Richter fast immer zu vermeidenden Fällen bleibt nichts übrig als eine Wiederholung der Beweisaufnahme. (Ebenso Seuffert Anm. 3, Hellmann II S. 86, Fischer in Gruchot, Beitr. XXIV S. 851 Anm. 12, Petersen §§ 257, 258 II, 1, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 402 ff.; A. M.: RG. VI S. 194, v. Wersebe das. I S. 432 ff., Gaupp II S. 94, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 506 ff., welche in beiden Fällen nach Analogie des Abs. 2 des § 258 einen Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme von Seiten der Parteien für zulässig halten, u. H. Meyer: Anleitung z. Prozeßpraxis nach der CPO., Berlin 1878, § 15, welcher eine Mittelmeinung verficht.) Keinenfalls ist der Vortrag auf Grund einer nicht in Gemäßheit des § 146 Nr. 3 erfolgten Feststellung (vgl. § 147) zulässig, weil es alsdann an jeder objektiven Grundlage fehlt (vgl. RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 8 S. 399). Uebrigens kann die Auffrischung des Gedächtnisses nicht blos durch Einsicht der Protokolle geschehen, sondern auch dadurch, daß die Parteien sich auf den Inhalt derselben im Laufe der Verhandlungen beziehen.

5) Auch der Inhalt der Urkunden sowie von Vorprozeßakten ist, soweit er zur Beweisführung benutzt werden soll, mündlich vorzutragen (§§ 119, 128 Abs. 2 u. 3, RG. IV S. 379, 380 u. in D.J.Ztg. 1882 S. 573).

§ 259.

1) Indem die CPO. hier den Grundsatz der sog. freien Beweiswürdigung verkündet, bringt sie eine seit Jahrzehnten allseitig angebahnte Rechtsentwickelung zum Abschluß [vgl. von preuß. Gesetzen die Verordn. über d. Verf. in Ehesachen v. 28. Juni 1844 § 39, KO. v. 8. Mai 1855 § 111, Anfechtungs-Ges. v. 9. Mai 1855 § 17, Hann. Ges. v. 2. Juli 1864 § 8, ferner Bayer. PO. Art. 345, Württ. PO. Art. 443, H. E. § 306, P. E. § 421, N. E. § 455, Nordd. Prot. S. 679—682, 745, 746, Ges. über das Urheberrecht 2c. v. 11. Juni 1870 § 29 (RGBl. S. 339), Ges., betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz 2c., v. 7. Juni 1871 § 6 (RGBl. S. 207), Rayon-Ges. v. 21. Dez. 1871 § 42 (RGBl. S. 459), Reichsbeamten-Ges. v. 31. März 1873 § 144 (RGBl. S. 61), Ges. über Markenschutz v. 30. November 1874 § 16 (RGBl. S. 143),

Ges., betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, v. 9. Jan. 1876 § 16 Abs. 1 (RGBl. S. 4), Ges., betr. d. Schutz der Photographieen, v. 10. Jan. 1876 § 9 (RGBl. S. 8), Ges., betr. das Urheberrecht an Mustern rc., v. 11. Januar 1876 § 14 (RGBl. S. 11). Vgl. auch Planck in Krit. Vierteljahrsschrift IV S. 248 ff., Verh. des 6. D. Juristentags II S. 278, 284 und des 9. D. Juristentags II S. 221 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 72 ff. u. in Busch, Zeitschr. II S. 355 ff., Ude das. VI S. 419 ff., L. Seuffert: Ueber richterliches Ermessen. Akad. Festrede. Gießen 1880. S. 10.]

Die gegen diesen Grundsatz aus der Natur des Civilprozesses erhobenen Einwendungen verlieren in einem Verfahren, welches auf dem Grundsatze der Mündlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter beruht und dem richterlichen Prozeßleitungsamte, namentlich dem richterlichen Fragerecht in jener Verhandlung den weitesten Spielraum gewährt, erheblich an Gewicht. Eine nothwendige Consequenz war es, den Grundsatz, daß der Richter die Thatfrage frei zu würdigen habe, auf den gesammten Inhalt der Verhandlungen auszudehnen, da sich, insbesondere bei künstlichem (Indizien-) Beweise, die sich aus den Parteierklärungen ergebenden Momente von denjenigen, welche durch eine Beweisaufnahme erbracht werden, schlechterdings nicht sondern lassen (Nordd. Prot. S. 745, 746, RG. XI S. 415 [Beweis der Eheschließung durch Indizien]). Daher spricht § 259 von einer „etwaigen" Beweisaufnahme (vgl. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 491 ff., ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 316, Fuld in Gruchot, Beitr. XXIX S. 328 ff.). Indessen sind, wenn eine Beweisaufnahme ausgesetzt wird, weil die entscheidende Ueberzeugung unmittelbar aus der mündlichen Verhandlung geschöpft ist, die Gründe hierfür anzugeben (RG. IV S. 212).

> „Soll die Entscheidung des Richters über die Wahrheit einer Thatsache auf seine Ueberzeugung gestützt werden, so ist es — insbesondere bei sogenanntem künstlichen Beweise — schlechterdings unmöglich, diejenigen Momente, welche sich aus den Erklärungen der Parteien ergeben, von den durch eine Beweisaufnahme erbrachten Momenten zu sondern und in ihrer Bedeutung hinter dieser zurücktreten zu lassen. Indem der Richter auch das Ergebniß der Sachverhandlung nach freier Ueberzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugniß gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesammten Sachverhandlung mittels Schlußfolgerung aus anderen unbestrittenen Thatsachen und dem gesammten Sachverhalt — ohne weitere Beweiserhebung — als wahr anzunehmen. Diese sehr freie Stellung kann dem deutschen Richter im Vertrauen auf dessen Bildung, Integrität und unabhängige Stellung unbedenklich gewährt werden." (Mot.)

[Vgl. auch Ude a. a. O. S. 424 ff.] Zu weit gehen aber diejenigen, welche (wie Wernz in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht III S. 362, Gaupp II S. 95, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 259 I 1, Seuffert Anm. 2 u. A.) hieraus den Schluß ziehen, daß der Richter, sobald seine Ueberzeugung auf Grund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung feststehe, auch entgegenstehende Beweiserbieten nicht zu beachten brauche. Sind letztere erheblich und die Beweismittel nicht unglaubwürdig (z. B. Ehegatten oder nahe Verwandte der Parteien; vgl. RG. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 372, 440), so darf eine Beweisaufnahme nicht abgelehnt werden. (Vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1155, Wach, Vortr. S. 161, Ude a. a. O. S. 443 ff.) Jedenfalls kann die bloße Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalls der beantragten Beweisaufnahme, z. B. mit Rücksicht auf den Inhalt der in anderen, zum Beweise benutzten Akten vorhandenen Aussagen der vorgeschlagenen Zeugen, nicht zur Ablehnung derselben berechtigen (RG. IV S. 377, dessen Gründe von Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 85 mit Unrecht als Ausfluß einer „formalistischen Theorie" bezeichnet werden, ferner VI S. 197 a. E.; vgl. jedoch auch RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 354). Eine besondere, aus der Natur der Eideszuschiebung als eines eventuellen Beweismittels sich ergebende Bestimmung enthält § 411. Ueber den Gebrauch des richterlichen Eides s. § 437 Anm. 4.

Ueber Verletzung des § 259 als Revisionsgrund s. RG. IV S. 212, VIII S. 170, ferner in Busch, Zeitschr. V S. 287 ff. u. dagegen Möller das. S. 290 ff., ferner RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1160, XXVIII S. 258, 259, 438, 1155 u. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 68.

2) Abs. 1: Satz 2 soll eine sorgfältige Abwägung der für die Ueberzeugung des Richters leitenden Gründe (vgl. § 284 Anm. 4) sichern. Der Ausführung des Abg. Herz, welcher die Vorschrift für unausführbar erklärte und durch eine andere Bestimmung, wonach nur die für die rechtliche Beurtheilung des Falles leitenden Gründe anzugeben seien, zu ersetzen beantragte, trat die RTK. nicht bei. [Vgl. auch RG. VI S. 170, VIII 14, in Seuffert, Arch. 37 Nr. 257, im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 68 (unterlassene Würdigung der in den Thatbestand aufgenommenen Zeugenaussagen erster Instanz im Berufungsurtheil), in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1138, Ude a. a. O. S. 439.] Es genügt aber die Angabe der Beweismittel, aus denen der Richter die Ueberzeugung gewonnen hat, ohne weitere Ausführung (RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1161).

3) Abs. 2: Der Grundsatz der freien richterlichen Würdigung bedarf gewisser Einschränkungen, zunächst bezüglich einzelner Beweismittel, welche, wie Urkunden (§§ 380—383) und Eid (§§ 428, 429, 437, 439), neben dem Beweiswerth auch andere bindende Elemente in sich tragen, zu denen aber die Sachverständigen (wie in der RTK. konstatirt wurde) nicht gehören. Sodann sind solche Einschränkungen auch in anderen Bestimmungen der CPO. enthalten (§§ 150, 153 Abs. 2, 181 Abs. 2, 185 Abs. 2, 285, 402, 403 Abs. 2, 405 Abs. 2), insbesondere in den Vorschriften über die Beweisaufnahme (RG. IV S. 375, IX S. 323, X S. 415, XIII S. 421 — § 146 Abs. 2 Nr. 3, § 148). Außerdem sind zu erwähnen die Bestimmungen, welche als Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung das Gericht verpflichten, Thatsachen als wahr anzunehmen (§§ 129 Abs. 2, 217 Abs. 4, 220, 221, 296 Abs. 1, 316 Abs. 2, 392 2c.). Wegen des Geständnisses und der Notorietät s. §§ 261—264.

Aber nur solche „gesetzliche Beweisregeln", d. h. Vorschriften über die Zulässigkeit und die Wirkungen der Beweise sind aufrechterhalten, welche „dieses Gesetz" (die CPO.) enthält. Die Landesrechte werden hierdurch in bedeutendem Umfange abgeändert. Vgl. EG. z. CPO. § 14 Nr. 2, 3. Insbesondere fallen damit eine große Anzahl sogen. halber Rechtsvermuthungen (Nr. 3 a. a. O.), an welchen namentlich das Preuß. ALR. reich ist (s. R. Koch in Gruchot, Beitr. XIII S. 321 ff.), ebenso die Vorschrift des Preuß. ALR. II 2 § 6 (RG. im RAnz. 1881 Nr. 75). Wegen ALR. I 4 § 53 s. RG. VIII S. 254 u. im Preuß. JMBl. 1884 S. 10 ff., bes. S. 14. Reine Rechtsvermuthungen (praesumtiones juris), ferner sog. praesumtiones juris et de jure oder Fiktionen dagegen bleiben nach § 16 Nr. 1 d. EG. z. CPO. ebenso unberührt, wie die gleichfalls dem bürgerlichen Recht angehörigen Vorschriften über die Beweiskraft der in § 16 Nr. 2 das. bezeichneten Erklärungen. (Vgl. auch §§ 323, 324 Anm. 2; § 17 Abs. 2 d. EG. z. CPO., Bülow im civ. Arch. 62 S. 1 ff., v. Bülow Anm. 3, Wach I S. 127, 205, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 3.)

Aufgehoben sind dagegen die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter (EG. z. CPO. § 14 Nr. 1).

Reichsgesetzliche Beweisregeln sind zwar, wie das reichsgesetzliche Prozeßrecht überhaupt, grundsätzlich unberührt gelassen; indessen sind die wichtigsten Vorschriften dieser Art ausdrücklich aufgehoben (s. EG. z. CPO. § 13 Nr. 2, 3, 5 Anm. 1 u. 2 u. § 17). Dieser Aufhebung hätte es nicht bedurft, wenn § 259 Abs. 2 („dieses Gesetz") alle reichsrechtlichen Beweisregeln beseitigte (wie Endemann II S. 72 meint) und nicht eben durch d. EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 modifizirt würde. (Vgl. auch Petersen § 259 I 3 u. A.)

Soweit im Civilprozesse das Offizialverfahren herrscht, fallen zwar nicht alle Beweisregeln weg (so Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 220 ff., 224 ff., bes. 453 ff., Hellmann, Lehrb. S. 604), wohl aber diejenigen, welche, wie z. B. die Zulässigkeit und die Folgen des zugeschobenen Eides (s. Birkmeyer a. a. O. S. 466 ff.), auf dem freien Verfügungsrechte der Parteien beruhen. Vgl. §§ 324 Anm. 2 a. E., 577, 611, 624.

4) Die Mot. bemerken:

„Uebrigens darf bei Anwendung des § 259 nicht übersehen werden, daß mit der

§ 260. Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.

N. Entw. § 457. Entw. I. § 236. Entw. II. § 245. Entw. III. § 250. Mot. S. 208—210. Prot. S. 92.

> Verwerfung einer gesetzlichen Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Vorschriften den Charakter goldner Erfahrungssätze annehmen;"

d. h. an Stelle ihrer zwingenden Kraft tritt die darin enthaltene Anleitung, deren Befolgung sich nach den Umständen richtet.

5) Ebensowenig wie durch Landesgesetzgebung können auch durch Statut oder Vertrag dem Richter Beweisregeln mit bindender Wirkung vorgeschrieben werden; insbesondere können die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme nicht paktiren (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 8 S. 393 ff). Vgl. auch §§ 255 Anm. 7, 260 Anm. 8.

§ 260.

1) Der „Nothstand des Schädenprozesses" in Deutschland, verglichen mit der Freiheit und Beweglichkeit französischer Gerichte auf gleichem Gebiete, war lange ein Gegenstand gerechter Klage (s. die unter jenem Titel im Jahre 1865 erschienene Monographie von Lehmann). Weitergehend als einzelne Partikular-Gesetze [Hann. PO. § 238, Württ. PO. Art. 444, Bayer. PO. Art. 330 u. A.] war bereits reichsgesetzlich für gewisse Schadensersatz-Ansprüche nicht blos die Frage nach der Höhe des Schadens, sondern auch die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, richterlichem Ermessen überlassen [HGB. Art. 27, Nachdrucksgesetz v. 11. Juni 1870 § 19 (BGBl. S. 339), Gesetz über den Markenschutz v. 30. November 1874 § 16 (RGBl. S. 143); enger wieder: Haftpflicht-Gesetz v. 7. Juni 1871 §§ 6, 7 (RGBl. S. 207)]. Diesen mit dem französischen Rechte, dem N. E. und dem Votum des 6. D. Juristentags (Verhandl. II S. 267) übereinstimmenden, über den Grundsatz des § 259 in Bezug auf die freie richterliche Würdigung hinausgehenden Vorschriften hat sich die CPO. hauptsächlich aus praktischen Gründen (s. Anm. 2) angeschlossen (vgl. auch Ude in Busch, Zeitschr. VI S. 451 ff., Hellmann, Lehrb. S. 598 ff.). — Wegen mancher Bedenken s. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 359 ff., XV S. 343 ff.; Siebenhaar S. 298 ff.; vgl. auch L. Seuffert a. a. O. S. 11, Dernburg II S. 175, 176, 857, 858. Letzterer will den Grundsatz auch auf das sog. Schmerzensgeld ausdehnen (S. 855 Anm. 7).

2) — „ob ein Schaden entstanden sei" — Die Frage nach der Existenz des Schadens ist von der nach der Höhe häufig nicht zu trennen. Die erstere begreift auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen der rechtswidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden in sich, während im Uebrigen die Frage nach der Verpflichtung zum Schadensersatze oder zur Interesseleistung durch § 260 nicht berührt wird (Nordd. Prot. S. 686).

> „Die Thatsachen, auf welche diese Verpflichtung gegründet wird, sind wie die sonstigen bestrittenen Thatsachen zu beweisen. Dagegen unterliegt die Frage, ob der Kausalnexus vorhanden sei, dem freien Ermessen des Gerichts." (Mot.)

Das freie Ermessen besteht namentlich darin, daß, wenn auch Existenz des Schadens, der Kausalzusammenhang und die Höhe des Schadens durch die Verhandlung nicht bis zur vollen Ueberzeugung des Richters dargethan ist, dieser trotzdem den Schaden festsetzen darf, sei es ohne

Weiteres, sei es nach zuvoriger Beweisaufnahme, Anhörung Sachverständiger oder Eidesauflage an den Beweisführer (vgl. unten Anm. 6, 7), und zwar ohne daß — abweichend von § 259 — eine Angabe von Gründen für die Festsetzung erforderlich ist. [Vgl. RG. VI S. 356, VII S. 368, IX S. 416, X S. 64 (wornach der Kausalzusammenhang vom Richter auch darauf gestützt werden darf, daß bei Beobachtung gewisser Vorsichtsmaßregeln der Schaden in der Regel nicht eingetreten wäre), S. 77, RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 259, Ube a. a. O. S. 459 ff., Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2, Förster (Eccius) I § 106, S. 830 Anm. 93. S. auch Birkmeyer: Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Rostock 1885, S. 25, 83 ff. Theilweise abweichend Wilm. Levy Anm. 1, Dernburg II § 174 Anm. 5.] Wegen mangelnder Substantiirung des Schadens darf die Ersatzforderung daher nicht abgewiesen werden (RG. X S. 78, 405 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1060).

Wegen der Trennung des Urtheils über den Grund der Forderung von der Liquidation des Betrags s. § 276 Anm. 1—4, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 37 Nr. 181, RG. X S. 175, 353, 413, 418; XII S. 355, XIII S. 435.

3) — „oder ein zu ersetzendes Interesse" — Dieser Ausdruck ist gewählt, um anzudeuten, daß nicht bloß die Fälle eines eigentlichen damnum injuria datum, sondern auch die einer Kontrakts-Kulpa (Unmöglichkeit der Leistung) betroffen werden (vgl. Nordd. Prot. S. 686, 806). Immerhin aber bildet der Eintritt einer „schädigenden" Thatsache die Voraussetzung, wie aus der ersten Kopulative „ob ein Schaden entstanden sei" hervorgeht; bloße Nichterfüllung einer Obligation genügt nicht ohne Weiteres (RG. VIII S. 224). Auf Prozesse über die Höhe der Entschädigungssumme im Enteignungsverfahren findet § 260 nicht Anwendung (RG. XII S. 402).

4) Daß die Parteien über den Betrag des Schadens oder Interesse sich zu erklären haben und eventuell durch Ausübung des richterlichen Fragerechts zu einer solchen Erklärung zu veranlassen sind, betrachten die Mot. mit Recht als selbstverständlich, so daß es einer Vorschrift, wie sie N.E. § 457 Abs. 2 enthält, nicht bedarf. Vgl. 230 Anm. 6.

5) — „unter Würdigung aller Umstände" — d. h. der Umstände des Spezialfalles wie aller Eventualitäten. Der Richter sollte in den Stand gesetzt werden, unter Benutzung seiner Lebenserfahrung die Sachlage im Ganzen und Großen zu würdigen (Nordd. Prot. S. 683).

6) „Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme" — Das Gericht kann also auch ohne Beweisaufnahme festsetzen (vgl. RG. VI S. 198); eine Beweisaufnahme aber kann es nur verordnen, wenn und soweit dieselbe beantragt ist. Daß die Begutachtung durch Sachverständige von Amtswegen angeordnet werden kann, entspricht dem § 135. Vgl. auch § 3.

7) Die bestehenden Vorschriften über das sog. juramentum in litem (Schätzungseid Würderungseid) — über das Recht einer Partei, zur eidlichen Schätzung des Schadens oder des Interesse zugelassen zu werden — vgl. z. B. Tit. D. de in litem jurando (12, 3); Cod. 5, 53 de in litem jurando, Preuß. AGO. I 22 §§ 9—12, Hann. PO. §§ 302 ff., Code civ. art. 1369; v. Savigny, System d. R. R. V S. 123 ff.; Beil. XII; Wetzell S. 273; Windscheid, Pand. I § 133 Nr. 2b — sind als unverträglich mit dem Prinzip des § 260 durch Abs. 2 beseitigt. [Art. 1374 Abs. 2 des Code civ. bleibt aber in Geltung — vgl. Petersen § 260 Nr. 2.]

Dagegen ist zur Beseitighng von Zweifeln dem Gerichte die Befugniß beigelegt, dem Beweisführer einen Eid über den Betrag des Schadens oder des Interesse aufzuerlegen. Von dieser Befugniß wird nur dann Gebrauch zu machen sein, wenn das Gericht auf Grund der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht im Stande ist, sich eine Ueberzeugung in jener Beziehung zu bilden. Der Eid ist eine Unterart des richterlichen Eides (§ 437) und ist nach den von diesem geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Er ist dahin zu leisten, daß der

§ 261. Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

N. Entw. § 458. Entw. I. § 237. Entw. II. § 246. Entw. III. § 251. Mot. S. 210, 211. Prot. S. 92.

Schaden (das Interesse) nach der Ueberzeugung des Schwörenden sich bis zu dem von ihm angegebenen Betrage belaufe (Nordd. Prot. S. 1047—1050). Die Vorschrift, daß das Gericht in diesem Falle bei der Auferlegung des Schätzungseides einen Maximal-Betrag zu bestimmen hat, entspricht dem Code civ. art. 1369 (s. auch Hann. PO. § 303 Abs. 2). Wegen Minderung der normirten Summe gilt § 431 (vgl. § 439). Die Folgen der Eidesweigerung sind in dem bedingten Endurtheil festzusetzen (vgl. §§ 439 Abs. 3, 427). Das richterliche Schätzungsrecht kann nach der Eidesweigerung nicht wieder in Kraft treten, da das Gegentheil der unter Eid gestellten Thatsache als bewiesen gilt (s. Seuffert Anm. 2, Sarwey I S. 399, Hellmann II S. 91, Petersen a. a. O., Ude a. a. O. S. 461 ff. u. A.).

Materiellrechtliche Vorschriften, durch welche das Forderungsrecht des Beschädigten beschränkt wird, z. B. L. un. Cod. de sent. (7, 47), sind nicht aufgehoben (RG. IV S. 181, X S. 193, jetzt auch Seuffert Anm. 3).

8) Entgegenstehende vertragsmäßige oder statutarische Festsetzungen, welche sich unmittelbar auf die Beweisfrage richten, sind nicht bindend (vgl. §§ 255 Anm. 7, 259 Anm. 5, Dernburg II S. 176, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 56 a. E.). Die Mot. bemerken in Anlehnung an die Nordd. Proz.-Komm. (Nordd. Prot. S. 1050) mit Recht:

> „Die in den Statuten von Versicherungs-Gesellschaften usw. enthaltenen Vorschriften über den Beweis des Schadens durch bestimmte Beweismittel sind für den Richter nicht maßgebend; die Vorschriften des Entw. über die freie Würdigung der Thatfrage sind Vorschriften des öffentlichen Rechts, deren Anwendung durch Verträge in einer den Richter bindenden Weise nicht ausgeschlossen werden kann".

Die Frage ist von dem Abg. Wolffson namentlich mit Bezug auf die Seeversicherung in der RTK. nochmals angeregt; in solchen Fällen, bemerkte er, handle es sich nicht darum, den Richter zu binden, sondern sei nur kontraktlich die Vergütung der in vorgeschriebener Weise konstatirten Schäden verabredet. Nachdem der Regierungsvertreter bemerkt hatte, daß jener Satz der Mot. nur das Prinzip aufstelle, während die Anwendung quaestio facti bleibe, wurde § 260 nicht weiter beanstandet. Allerdings lassen sich Fälle denken, in welchen mittelbar durch Vereinbarung die Beweisfrage wirksam berührt wird, z. B. durch Ernennung sog. Arbitratoren in den Versicherungsbedingungen. (Vgl. RG. II S. 311, VI S. 190, 201; Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 63 Anm. 39; Gaupp II S. 100, Sarwey I S. 399, Seuffert Anm. 4, Wilm.-Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 6, Wach im civ. Arch. 64 S. 225 Anm. 16 u. A.)

9) Auf den Urkundenprozeß ist § 260 wegen § 555 und des Grundsatzes der urkundlichen Liquidität unanwendbar (Wach I S. 278 Anm. 27).

§§ 261—263.

Literatur: Wetzell S. 171 ff., Renaud S. 270 ff., v. Savigny, System d. RR. VII S. 6 ff., v. Canstein in Busch, Zeitschr. I S. 257 ff., besonders S. 335 ff., II S. 308 ff., Wach im civ. Arch. 64 S. 201 ff., bes. 246 ff., Vortr. S. 148 ff., Wieding im Rechtslexikon II S. 148 ff. (s. v. „Geständniß"), Demelius: Die confessio im röm. Civilprozeß und das gerichtliche Geständniß der neuesten Prozeßgesetzgebung. Graz 1880, die Kritik dieser Schrift von Krüger in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 414 ff., Bolgiano S. 492 ff., Hellmann, Lehrb. S. 267 ff.

1) Diese Paragraphen behandeln das gerichtliche Geständniß von Thatsachen, während von dem auf den Anspruch oder Theile desselben gerichteten gerichtlichen Anerkenntnisse

in § 278 die Rede ist. Sie schließen sich der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts an (s. auch N. E. §§ 458—466, Württ. PO. Art. 390—401). Als leitend bezeichnen die Mot. den von Wetzell S. 171 dahin formulirten Gedanken:

„Es (das gerichtliche G.) ist kein die Ueberzeugung des Gerichts bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht."

Danach ist das gerichtliche Geständniß ein einseitiger Dispositionsakt, kein „Beweisvertrag", und bedarf eben deshalb nicht der Annahme. [Zu den „Beweismitteln und Beweisgründen" rechnet dasselbe dagegen Bolgiano a. a. O. Gegen die Auffassung als Dispositionsakt wendet sich auch in sehr entschiedener Weise Dernburg I § 81, S. 169 Anm. 8. Demelius a. a. O. führt aus, daß das Geständniß nur dem Richter gegenüber erklärt sei und dessen Kognitionsgebiet begrenze, dem Gegner gegenüber aber keine bindende Wirkung habe und daher ohne Weiteres widerrufen werden könne. Diese der CPO. entgegengesetzte Auffassung ist in der That die des österr. Entw. z. CPO. § 294. Gegen dieselbe s. besonders Wach im civ. Arch. a. a. O.]

Da das Geständniß Dispositionsakt ist, so ist dasselbe nur hinsichtlich solcher Punkte wirksam, welche überhaupt der Disposition der Parteien unterworfen sind. Daher ist die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses für das Verfahren in Ehe- und in Entmündigungssachen ausgeschlossen (§§ 577, 611, 620, 624, 626) sowie wegen aller von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (vgl. §§ 54 Anm. 1, 84 Anm. 4, 130 Abs. 2 u. Anm. 4, 247 Anm. 11, 267 Anm. 7). In diesen Fällen hat der Richter ein Geständniß nach dem Grundsatze des § 259 frei zu würdigen, kann also entweder einen weiteren Beweis erfordern oder auch ohne Beweisaufnahme die zugestandene Thatsache für wahr annehmen [s. auch Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 188, 388 ff., welcher uns mit Unrecht zu den Gegnern zählt (S. 381; vgl. dagegen S. 398, 404), Barazetti: Zur Lehre v. d. Prozeßfähigkeit S. 21, Fuld in Gruchot, Beitr. XXIX S. 327 ff., Seuffert § 261 Anm. 8]. Das fingirte bzw. stillschweigende gerichtliche Geständniß als Folge der Versäumung folgt besonderen Regeln (s. §§ 129 Anm. 1, 208 Anm. 5, 259 Anm. 3, 296 Anm. 2, 493; vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 403, 404, A. Förster Anm. 1 u. A.).

2) Auf Rechtsverhältnisse ist, wenngleich ein verwickelter Thatbestand im Ausdrucke (juristisch-technisch) zusammengefaßt werden kann, und jedem Laien verständliche, einfache Rechtsverhältnisse, z. B. Darlehn, Kauf, Miethe usw., auch als „Thatsachen" zu betrachten sind (vgl. § 410 Anm. 1), der Begriff des Geständnisses nicht anwendbar (vgl. RG. X S. 364, Hellmann II S. 94 u. Lehrb. S. 267 ff., Förster (Eccius) I S. 276 Anm. 16, Dernburg a. a. O., Eccius in Gruchot, Beitr. XXVII S. 475. A. M.: OTr. Stuttgart in Seuffert, Arch. 34 Nr. 157, Petersen §§ 261—263 I 1 u. in Busch, Zeitschr. III S. 429, Demelius a. a. O. S. 400, 401, v. Canstein a. a. O. I S. 340, Seuffert § 261 Anm. 2f u. A.). Die gerichtliche Anerkennung von Rechtsverhältnissen, z. B. eines selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels, ist von der CPO. nicht behandelt und folgt den Regeln des bürgerlichen Rechts. (A. M. Birkmeyer a. a. O. S. 381 ff.) Im Allgemeinen enthält dieselbe ebenso einen Verzicht auf die (thatsächliche und rechtliche) Begründung, wie das gerichtliche Geständniß einen Verzicht auf den Beweis.

3) Das außergerichtliche Geständniß ist, wenigstens in der Regel, nicht Dispositionsakt — keinesfalls ein prozeßrechtlicher — sondern eine Thatsache, welche (mit noch stärkerer Wirkung als bloße Indizien) auf die richterliche Ueberzeugung von Einfluß ist, also „Beweismittel" in diesem Sinne (vgl. Wach a. a. O. S. 216 ff.) oder richtiger „Beweisgrund" (s. § 255 Anm. 2; v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. StrR.Wissensch. VI S. 140 ff., A. Förster Anm. 3). Seine Beweiskraft, nachdem es selbst bewiesen ist, ist selbstverständlich, abgesehen von den Fällen des § 16 Nr. 1 d. EG. z. CPO., gemäß § 259 nach freier Ueberzeugung zu würdigen [N. E. § 461, RG. VI S. 197 u. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 118, Fitting § 47 Anm. 6, Sarwey I

S. 402, Endemann II S. 78, Hellmann, Lehrb. S. 274 ff., 483 ff., Heusler im civ. Arch. 62 S. 230 (nicht „Beweisgrund", sondern „Folgerungsgrund"); s. auch Wendt das. 63 S. 296 ff.; bedenkliche kasuistische Unterscheidungen macht v. Canstein a. a. O. I S. 272 ff., 356 ff.; s. auch das. II S. 309 ff.]. Auf einen „Beweisvertrag" läßt sich das außergerichtliche Geständniß nicht zurückführen (vgl. § 255 Anm. 6, Hellmann, Lehrb. a. a. O. A. M. Demelius a. a. O. S. 35 Anm. 2 für diejenigen Fälle, „wo das außergerichtliche Geständniß dispositiv ist"). Entgegenstehende Vorschriften des bürgerlichen Rechts, daß ein außergerichtliches Geständniß nicht voll beweise, sind durch § 14 d. EG. z. CPO. aufgehoben (vgl. auch Petersen §§ 255, 256 II).

Das außergerichtliche Geständniß und die außergerichtliche Anerkennung (s. Wach a. a. O. S. 233 ff., Liebe: Der abstrakte obligatorische Vertrag in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 563 ff.) sind, abgesehen vom Urkundenbeweise (§§ 380 ff.), in der CPO. wegen ihres engen Zusammenhanges mit dem Civilrecht nicht behandelt. Vgl. auch Mot. S. 263 und d. allg. Bem. zu §§ 380 bis 383.

§ 261.

1) Abs. 1: „Die — Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises" — Hier kommt der leitende Gedanke klar zum Ausdruck. Das Geständniß beweist nicht, sondern erspart den Beweis.

2) — „im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters" — Nur diese Geständnisse sind gerichtliche. Die Feststellung erfolgt bei einer mündlichen Verhandlung auf Antrag nach Maßgabe des § 270 Abs. 2 (vgl. § 146 Anm. 2), im vorbereitenden und im amtsgerichtlichen Verfahren nach den §§ 315, 470. Bei den vor einem beauftragten oder ersuchten Richter abgelegten Geständnissen ist die Feststellung zu dessen Protokoll zur Wirksamkeit des Geständnisses als eines gerichtlichen nothwendig, während die in der mündlichen Verhandlung abgelegten auch in dem Thatbestande Aufnahme finden können (§ 284 Nr. 3). Geständnisse, welche nur in einem vorbereitenden Schriftsatze oder in einem anderen Rechtsstreite abgelegt sind, müssen als außergerichtliche aufgefaßt werden (Württ. PO. Art. 402, N. E. § 461; so auch RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 347).

3) — „von dem Gegner" — bzw. statt des Prozeßunfähigen (welcher auch zur Abgabe gerichtlicher Geständnisse unfähig ist) von dessen gesetzlichem Vertreter (s. § 50 Anm. 2), bzw. von dem Prozeßbevollmächtigten (§ 81) oder Beistande (§ 86).

Hinsichtlich der Streitgenossen kommt der Grundsatz des § 58 zur Anwendung. Nur in den in §§ 59 u. 434 behandelten Fällen gilt die von einem einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache gegenüber allen Streitgenossen als bestritten. Welches Gewicht in diesen Fällen auf das Geständniß zu legen ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung (vgl. Nordd. Prot. S. 1040, Mot. S. 83). Wegen des Nebenintervenienten s. § 64 Anm. 1.

Ein bindendes gerichtliches Geständniß behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz (§ 494) und für die Revisionsinstanz (§ 524).

4) Abs. 2: Eine Konsequenz des leitenden Grundsatzes (s. d. allg. Bem. zu §§ 261—263 Wetzell S. 172). Anwesenheit des Gegners bei der Ablegung ist daher nicht erforderlich (vgl. Württ. PO. Art. 398, N. Entw. § 458. A. M.: v. Canstein a. a. O. I S. 341, Demelius a. a. O. S. 402 ff.). Auch kann eine Partei eine ihr nachtheilige Thatsache zugestehen, ehe dieselbe vom Gegner behauptet ist (Seuffert Anm. 2e, Gaupp II S. 103, Herzog in Böhiker, Mag. III S. 328 ff. u. A.).

Die Wirksamkeit tritt sofort nach der Ablegung des Geständnisses ein, nicht erst am Schlusse der mündlichen Verhandlung (vgl. Mot. S. 25, § 119 Anm. 6).

§ 262. Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniß anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

N. Entw. § 459. Entw. I. § 238. Entw. II. § 247. Entw. III. § 252. Mot. S. 210—212. Prot. S. 92.

§ 263. Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses

---

§ 262.

1) Abs. 1 wendet sich in Uebereinstimmung mit neueren Gesetzgebungsarbeiten (Bad. PO. § 385, N. E. § 459) gegen die in der französischen und rheinischen Praxis auf Grund des Code civ. entwickelten Grundsätze von der Untheilbarkeit des gerichtlichen Geständnisses (Marcadé, Exp. théor. et prat. du Code Nap. Ed. V Tom. V p. 214 seq.; Bonnier, Traité des preuves Ed. III Tom. I p. 454 seq. — dagegen Zachariä-Anschütz, Handb. des franz. Civ.-Rechts 5. Aufl. IV § 767; Stabel, Institutionen des franz. Civ.-Rechts S. 385, 386), welche mit der von der CPO. verworfenen Beschränkung des Zeugen- und Vermuthungsbeweises zusammenhängen (Dernburg, Abh. S. 346 ff.), innerlich nicht gerechtfertigt sind und als nothwendiges Korrektiv der in die CPO. nur in sehr beschränktem Maße übernommenen sog. Souveränetät der Gerichte bedürfen (vgl. Planck in Krit. Vierteljahrsschr. IV S. 254—259, Mot. z. P. E. S. 94, Nordd. Prot. S. 70, 303 ff., Demelius a. a. O. S. 407, 408).

2) — „ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel" — vgl. §§ 136, 137 Anm. 2), also einen Anspruch oder eine Einrede, welche die Wirkung des Geständnisses enthalten soll, z. B. wenn die Behauptung der Zahlung dem Geständnisse des Darlehnsempfangs hinzugefügt wird. Bei Kompensationseinreden läßt übrigens auch die in Anm. 1 bezeichnete Praxis das Geständniß des Klagegrundes gelten.

3) Abs. 2: Die CPO. überläßt es hiernach — abgesehen von Abs. 1 — der Doktrin und Praxis, die bestrittene Lehre von dem sog. qualifizirten Geständnisse (s. Wetzell S. 172 ff.) weiter zu entwickeln. Es ist daher in jedem Falle unter Beachtung der Ergebnisse der neueren deutschen Rechtswissenschaft, auf welche die Mot. ausdrücklich hinweisen, zu untersuchen, ob die Behauptung, wiewohl sie als ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nicht anzusehen ist, nicht dennoch die Wirksamkeit des Geständnisses bestehen läßt, oder ob sie als ein indirektes Leugnen aufzufassen ist und deshalb das nur scheinbare Geständniß entkräftet, z. B. Geständniß des Empfangs, aber nicht als Darlehn, sondern als Geschenk, Geständniß der Kontrahirung, aber als Vertreter (vgl. z. B. RG. II S. 194, III S. 121) usw. Letzteres wird namentlich auch von der Behauptung einer dem Vertrage hinzugefügten Suspensiv-Bedingung oder von der sog. exceptio rei non sic, sed aliter gestae gelten (s. Wetzell S. 175, Windscheid, Pand. I § 86 Anm. 4, Bolgiano, Ges. Abh. S. 143, Siebenhaar S. 294 Anm. **, Petersen §§ 261—263 III 2, Hellmann II S. 98 ff. u. Lehrb. S. 272 ff., R. Römer im civ. Arch. 62 S. 149 ff., v. Canstein a. a. O. I S. 313 ff., ROHG. 4 S. 128, 7 S. 37, 8 S. 391, 11 S. 362, 12 S. 201, 14 S. 305, 15 S. 25, 79, 18 S. 388, 19 S. 247, 21 S. 56, 22 S. 222, 23 S. 53, 24 S. 62 xc., Entsch. d. preuß. OT. 72 S. 207. Vgl. auch Striethorst, Arch. 14 S. 292, 19 S. 155, 34 S. 192, 93 S. 182, Dernburg I § 86 Anm. 3, S. 182, § 127 Anm. 9, S. 286 und jetzt auch Förster (Eccius) I § 36 S. 198 sowie die §§ 323, 324 Anm. 2 angeführten Schriften über die Beweislast).

§ 263.

1) Der Satz ist (nach den Mot.) die von dem Gesetze gezogene (wenngleich theoretisch anfechtbare — vgl. v. Canstein a. a. O. I S. 337, 338, Demelius a. a. O. S. 399 ff. u. Wach a. a. O. S. 250 ff.) Konsequenz des in dem gerichtlichen Geständnisse enthaltenen disposi-

nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

N. Entw. § 460. Entw. I. § 239. Entw. II. § 248. Entw. III. § 253. Mot. S. 210—212. Prot. S. 92.

---

tiven Elements (s. §§ 261—263 Anm. 1). Der bloße Gegenbeweis („daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche") genügt nicht, sondern es muß außerdem ein Mangel der Entstehung („Irrthum") nachgewiesen werden, welcher den Willensakt wegen des mangelnden animus confitendi entkräftet (v. Savigny a. a. O. S. 42, Seuffert, Arch. 6 Nr. 87, 33 Nr. 277; Preuß. AGO. I 10 § 27a, Mot. z. P. E. S. 94 ff.; Verhandl. d. 8. D. Juristentags I S. 291). Der Beweis der Wahrheitswidrigkeit sowohl wie des Irrthums kann nach § 259 auch ohne besondere Beweisaufnahme auf Grund des gesammten Inhalts der Verhandlungen für geführt angenommen werden (RG. XI S. 405). Ueber den Gegenbeweis durch Eideszuschiebung vgl. § 411 Anm. 2. Simulation wirkt der Natur der Sache nach ebenso wie (unabsichtlicher) Irrthum (Entsch. d. preuß. OT. 47 S. 333, Wach a. a. O. S. 248 Anm. 36, Dernburg I § 81 Anm. 8, S. 169. A. M.: Seuffert Anm. 1, Endemann II S. 82, v. Canstein a. a. O. I S. 344, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 261—263 II 2, A. Förster Anm. 1). Entschuldbarkeit des Irrthums (wie nach gem. Recht) ist nicht erforderlich; es genügt auch ein Rechtsirrthum (RG. XI S. 405, Seuffert a. a. O., Siebenhaar S. 304, Petersen a. a. O. u. A. A. M.: Endemann II S. 82, Kleiner II S. 121).

Bloße Unmöglichkeit der zugestandenen Thatsache oder Offenkundigkeit des Gegentheils macht den in dem Geständnisse enthaltenen Dispositionsakt nicht unwirksam, begründet aber den Widerruf (vgl. Seuffert § 261 Anm. 3, Petersen § 264 Nr. 3. A. M. Demelius a. a. O. S. 404 ff.). Auch die Unterscheidung, welche Wach a. a. O. S. 250 ff. zwischen Geständnissen als Feststellungsakt und Geständnissen als Beweismittel macht, bei welchen letzteren einfacher Gegenbeweis oder Beweis der Unglaubwürdigkeit („Widerlegung" statt „Anfechtung") statthaft sei, verstößt — wie er selbst S. 253 anerkennt — gegen die klare Bestimmung des § 263. (Anders verhält es sich freilich mit dem Anerkenntnisse. Bei diesem als einem materiellen Rechtsgeschäfte kommen die Grundsätze der condictio indebiti unverändert zur Anwendung (s. das. S. 253 ff., §§ 261—265 Anm. 2. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 266).

Der Widerruf kann auch von einem Andern als dem Gestehenden erklärt werden, sei es die Partei selbst (§ 128 Abs. 4) oder ihr Prozeßbevollmächtigter oder ihr gesetzlicher Vertreter (RG. a. a. O.).

Die Beschränkungen des § 263 gelten aber nicht für den nach §§ 81 Abs. 2, 86 Abs. 2 „sofort" erklärten Widerruf des von dem Prozeßbevollmächtigten oder Beistande abgegebenen Geständnisses. Außer diesem Falle ist zu beweisen, daß die Partei sich geirrt und den Prozeßbevollmächtigten daher falsch instruirt habe; indessen genügt es auch, wenn letzterer sich thatsächlich irrte, indem er sich ohne genügende Instruktion befand oder die erhaltene Instruktion falsch verstand. (So Petersen §§ 261—263 II 2, Seuffert Anm. 2, Hellmann II S. 101, Kleiner II S. 121 u. A.; vgl. auch Wach I S. 564, 565. A. M. Sarwey I S. 405.)

Eine nur wegen verweigerter Erklärung bzw. Versäumung als zugestanden anzusehende Thatsache kann in der neuen mündlichen Verhandlung bzw. in der Berufungsinstanz ohne Weiteres bestritten werden (vgl. §§ 129 Anm. 2, 307, 493 Anm. 1; RG. in Seuffert Arch. 38 Nr. 347).

2) Ob ein außergerichtliches Geständniß (s. §§ 261—263 Anm. 3) durch den einfachen Gegenbeweis entkräftet werden kann (was nach Savigny a. a. O. S. 45, Renaud S. 286, Wetzell S. 199 u. A. allgemein der Fall ist), hängt davon ab, inwiefern demselben die Absicht zu Grunde liegt, eine Thatsache dem Gegner gegenüber als unabänderlich festzustellen. Ist diese Absicht vorhanden, was aber z. B. für den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nicht ohne Weiteres gilt (s. § 270 Anm. 3) und überhaupt wohl selten der Fall sein wird,

§ 264. Thatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

N. Entw. § 463. Entw. I. § 240. Entw. II. § 249. Entw. III. § 254. Mot. S. 212. Prot. S. 92.

§ 265. Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte

---

so entscheiden über die Zulässigkeit die Grundsätze des Civilrechts, soweit nicht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausreicht. (Vgl. Norddb. Prot. S. 708, R. Koch in Hinschius, Zeitschr. f. Ges.- und Rechtspflege in Preußen I S. 381 ff., Wieding a. a. O. S. 149, Endemann I S. 82, v. Canstein a. a. O. I S. 356 Anm. 137, S. 362, 363 u. II S. 311, RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1097. S. auch Wilm. Levy Anm. 1, Wach a. a. O. S. 216 ff.)

§ 264.

Literatur: Wetzell S. 179 ff., wo auch die ältere Literatur angeführt ist; Wach, Vortr. S. 155, Langenbeck in Busch, Zeitschr. IV S. 470 ff., Hellmann, Lehrb. S. 296 ff.

1) Die Notorietät (Offenkundigkeit) wird (in Uebereinstimmung mit N. E. § 463) als Gerichtskundigkeit definirt, welche sich nicht nothwendig mit der Ortskundigkeit deckt. „Offenkundig" bedeutet mehr als blos „bekannt"; aber der Unterschied liegt nicht in dem Grade, sondern in dem subjektiven Umfange der Bekanntschaft (Langenbeck a. a. O.). Das Gericht, auf dessen Kunde es ankommt, ist dasjenige, welches in der betreffenden Instanz zu erkennen hat (Norddb. Prot. S. 709). Die sog. Offenkundigkeit des Handelsregisters (HGB. Art. 12) genügt daher nur dann, wenn die betreffende Thatsache (z. B. Prokura) auch dem erkennenden Gerichte bekannt ist (RG. XIII S. 369). Dasselbe hat oder verschafft sich, z. B. aus Geschichtswerken (vgl. § 265 Anm. 3), die Kenntniß von Amtswegen; es kann also auch nicht einmal darüber, daß etwas notorisch sei, Beweis gefordert werden, während den Parteien die Anführung notorischer Thatsachen, auf welche sie Ansprüche stützen wollen, nicht erlassen ist (Wetzell S. 186, 187, Renaud S. 269, Hellmann II S. 102 u. A.). Einer Behauptung der Offenkundigkeit und einer Begründung, worauf dieselbe beruht, bedarf es nicht (s. RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1018).

Nicht ausgeschlossen ist eine erneute Prüfung der Offenkundigkeit in der Berufungsinstanz hinsichtlich der vom ersten Richter als notorisch erachteten Thatsachen (Seuffert Anm. 4 a. E., Petersen § 264 Nr. 1, Langenbeck a. a. O. S. 479, 494 ff.). Andererseits darf aber auch der Berufungsrichter die zur Widerlegung der Offenkundigkeit angebotenen Beweise ablehnen (RG. II S. 383).

2) Zu den offenkundigen Thatsachen gehören vor allem die gerichtlichen Vorgänge, ferner solche, von denen dem Gerichte offizielle Kenntniß durch die Staatsbehörden gegeben wird, weltgeschichtliche Ereignisse und andere Thatsachen, welche in einem großen Kreise von Menschen als zweifellos wahr gelten (Preuß. AGO. I 10 § 56, Entsch. d. preuß. OT. 38 S. 352, Kroll, Klage u. Einr. S. 289). Dagegen fallen nicht Thatsachen darunter, von denen der Richter nur zufällig als Privatperson die Gewißheit erlangt hat (Wach, Vortr. S. 155, Langenbeck a. a. O. S. 481 ff., Meves im Rechtslexikon II s. v. „Notorietät" S. 909, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 1. A. M.: v. Canstein a. a. O. II S. 303, 354 Anm. 53, Wilm. Levy Anm. 1, Endemann II S. 83.)

3) Wegen der praesumtiones juris et de jure und der praes. juris s. EG. z. CPO. § 16 Nr. 1 u. oben § 259 Anm. 3 sowie §§ 323, 324 Anm. 2.

§ 265.

1) Im Allgemeinen gilt die Regel: „jura novit curia". Diese Regel bezieht sich auch auf die Behördeneinrichtungen des Staats und die Einrichtung seiner Gemeinden als Institute des öffentlichen Rechts (RG. II S. 65).

§ 265 macht drei Ausnahmen: hinsichtlich des fremden (in einem anderen Staate geltenden) Rechts, des Gewohnheitsrechts und der Statuten.

und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

N. Entw. § 464. Entw. I. § 241. Entw. II. § 250. Entw. III. § 255. Mot. S. 212. Prot. S. 92.

„Die Bestimmungen des § 265 sanktioniren (in Uebereinstimmung mit Württ. PO. Art. 405, Bayer. PO. Art. 321 und N. E. § 464) die rationellen Grundsätze, welche die neuere deutsche Doktrin und Praxis entwickelt hat (Nordd. Prot. S. 709, 808, Stobbe, Handb. d. D. Privatrechts I S. 139 ff., 179). (Mot.)

(Vgl. Wetzell S. 178, 179, 527 ff., ROHG. 25 S. 53 ff., wo ausführlich die auch noch jetzt maßgebenden Grundsätze entwickelt sind.) Es besteht aber keine „Vermuthung", daß das ausländische Recht mit dem inländischen übereinstimme. Die Regel besagt hauptsächlich nur, daß der Richter die einheimischen Gesetze kennen müsse.

2) — „in einem anderen Staate" — d. h. einem anderen als demjenigen, über welchen sich der Bezirk des Prozeßgerichts erstreckt. Der Ausdruck gewinnt also eine verschiedene Bedeutung, je nachdem dieser Bezirk nicht über das Gebiet eines deutschen Bundesstaats hinausreicht oder mehrere dieser Bundesstaaten oder das ganze Reich umfaßt.

Die in dem eigenen Staate geltenden Rechte mit Ausschluß der (allgemeinen und partikulären) Gewohnheitsrechte und Statuten (d. h. auf Autonomie engerer Kreise innerhalb des Staats beruhenden Bestimmungen — s. Windscheid, Pand. I § 19) ist das Gericht zu kennen verpflichtet, das Reichsgericht mithin sämmtliche im Deutschen Reiche geltenden Rechte mit der erwähnten Ausnahme. (Vgl. ROHG. a. a. O.; Entsch. d. preuß. OT. 56 S. 50. S. auch § 512 Anm. 1—4.)

3) Von einer eigentlichen Beweislast kann hier keine Rede sein. Der Richter hat nach allgemeinen Grundsätzen dasjenige Recht anzuwenden, welches das maßgebende Rechtsverhältniß örtlich beherrscht und, wenn dieses ausländisches Recht ist, solches von Amtswegen zu erforschen, soweit es ihm möglich ist (s. ROHG. 25 S. 60), und die Parteien haben nur die Aufgabe, ihn in Herbeischaffung des für die Kenntniß des ausländischen Rechts erforderlichen Materials zu unterstützen (so auch Seuffert Anm. 2). Hierbei kann diejenige Partei, welche sich auf das fremde Recht u. s. w. beruft, thatsächlich in die Lage einer beweisführenden Partei kommen, weil sie vielleicht Gefahr läuft, daß ohne ihre Hülfe das ausländische Recht vom Richter nicht genügend werde berücksichtigt werden; rechtlich beweispflichtig ist sie aber ebensowenig, als ihre Ansicht über die Anwendbarkeit desselben von Bedeutung ist (RG. XII S. 36). Einen Revisionsgrund enthält jedoch die Nichtberücksichtigung von Amtswegen nicht. „Nachweise" sind nicht nothwendig Beweismittel im Sinne der CPO. Glaubhafte Zeugnisse bewährter Schriftsteller sowie übereinstimmende gerichtliche Entscheidungen sind ebenfalls zu berücksichtigen (Koch, Schles. Arch. II S. 480, 485, IV S. 295; Entsch. d. preuß. OT. 2 S. 240, Striethorst, Arch. 27 S. 71, 30 S. 138). Ueberhaupt darf das Gericht jede ihm zugängliche Erkenntnißquelle benutzen und zu diesem Zwecke die Verhandlung vertagen. (Vgl. Windscheid, Pand. I §§ 14 Anm. 4, 17 Anm. 2, ROHG. 18 S. 218, 25 S. 58, v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 298, 299, Ude in Busch, Zeitschr. VI S. 435.)

Bezüglich der Gewohnheitsrechte, insbesondere der sog. Observanzen wird die „Ermittelung" thatsächlich freilich mehr den Charakter der gewöhnlichen Beweisaufnahme annehmen (s. Preuß. AGO. I 10 § 55). Hier ist namentlich eine Beweisantretung erforderlich, wenn die Partei, welche dabei ein Interesse hat, auf die Anwendung rechnen will (vgl. auch RG. III S. 149). Ebenso verhält es sich mit den Statuten.

Wegen der Handelsgebräuche s. GVG. § 118.

§ 266. Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

N. Entw. § 334. Entw. I. § 242. Entw. II. § 251. Entw. III. § 256. Mot. S. 214, 215. Prot. S. 92, 129.

---

§ 266.

1) — „glaubhaft zu machen" — Dies ist der technische Ausdruck der CPO. statt des gemeinrechtlichen „Bescheinigung" (Wetzell S. 195, 302 ff., Bolgiano S. 530 ff., Haarmann in Busch, Zeitschr. I S. 142 ff.). Wie nach gemeinem Recht und den neueren Prozeßgesetzen, genügt nach der CPO. in zahlreichen Fällen, namentlich da, wo durch die beantragte Entscheidung den Rechten des Gegners nichts definitiv vergeben wird, die „Glaubhaftmachung" der zur Begründung des betreffenden Antrags dienenden thatsächlichen Behauptungen (vgl. §§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 351, 371, 395, 397, 400, 406, 422, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 815, 840, 869). Manche Prozeßordnungen suchen das Wesen der Glaubhaftmachung (Bescheinigung) darin, daß keine vollständige rechtliche Gewißheit, sondern bloße Wahrscheinlichkeit gefordert wird (Württ. PO. Art. 409, Bad. PO. § 378; s. auch Wendt im civ. Arch. 63 S. 257 ff.). Die Mot. halten die Aufnahme einer solchen Definition des Begriffs indessen für entbehrlich und überdies für bedenklich. Es kommt in der That nicht blos auf das Resultat an; charakteristisch ist vielmehr auch die schleunige und unförmliche Art des Beweises („summatim cognoscere" — vgl. Koch, Preuß. Civ.-Proz. S. 493 ff., Nordd. Prot. S. 1052). Indessen überwiegt bei der Glaubhaftmachung der CPO. die subjektive Seite (s. Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert, Anm. 2). Ist die Behauptung schon nach den Umständen des Falls ohne Weiteres glaubhaft, so bedarf es einer Beweisaufnahme überhaupt nicht (wie der N. E. § 334 Abs. 1 besonders auszusprechen für erforderlich hielt — Nordd. Prot. S. 2355). Die Mot. erachten dies für selbstverständlich (vgl. auch Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 801, Dernburg I § 204 Anm. 8, S. 487). Die Glaubhaftmachung kommt auch für Zeugen vor (§ 351 Abs. 1 u. 2, Prot. S. 129).

2) Die Eideszuschiebung ist als zweckwidrig und nach dem Grundsatze des Abs. 2 zur Vermeidung einer Verzögerung oder Verweitläufigung des Rechtsstreits ausgeschlossen. Im Uebrigen ist der Antragsteller nicht auf die Vorlegung von Urkunden beschränkt. Namentlich steht, wenn mündlich verhandelt wird, der Zulassung des Zeugenbeweises — sofern er in dem Verhandlungstermine aufgenommen werden kann (vgl. Abs. 2) — nichts entgegen.

> „Kann die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erlassen werden, so werden Zeugen regelmäßig vorher vernommen sein müssen, so daß die Urkunde über die erfolgte Vernehmung dem schriftlichen Gesuche beizufügen ist" (Mot.).

Um dem Gerichte auch im Falle der Glaubhaftmachung eine möglichst freie Stellung einzuräumen, ist demselben die mit § 437 im Einklang stehende Befugniß beigelegt, den Antragsteller selbst zur eidlichen Versicherung zuzulassen (Ausnahmen: §§ 44 Abs. 2, 371 Abs. 3, 508 Abs. 3). Bloße diensteidliche Versicherung genügt in dem Falle des § 351 Abs. 2. Die Zulassung zur eidlichen Versicherung erfolgt durch Beschluß. Sie setzt, wenigstens bei mündlicher Verhandlung über die Glaubhaftmachung, mit Rücksicht auf Abs. 2 Anwesenheit des Eidespflichtigen voraus. Die Folgen der Leistung und Verweigerung des Eides entsprechen denjenigen beim richterlichen Eide (§§ 437, 439). (Vgl. auch Hellmann II S. 108, Petersen § 266 Nr. 3 u. A.)

3) Abs. 2: — „nicht sofort" — Hierüber entscheidet das richterliche Ermessen. Zeugen müssen gestellt sein (vgl. Anm. 2, Mot. S. 214), weshalb sie bei einem nicht mündlichen Verfahren überhaupt nicht zulässig sind. (So auch Seuffert Anm. 2c. A. M.: Wilm. Levy Anm. 4, Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 9, welche in diesem Falle für nöthig erachten, daß das Gericht auf das Erbieten des Antragstellers die Gestellung der Zeugen in

§ 267. Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

N. Entw. § 340. Entw. I. § 243. Entw. II. § 252. Entw. III. § 257. Mot. S. 215. Prot. S. 92.

---

einem hierzu anzuberaumenden Termine anordne); indessen können auch außergerichtliche Aussagen berücksichtigt werden. Urkunden müssen in vorläufig beweisender Form vorliegen. Editionsgesuche sind nicht zulässig.

4) § 266 findet auch auf die Fälle entsprechende Anwendung, in welchen das bürgerliche Recht (s. Wetzell S. 303) eine Glaubhaftmachung (Bescheinigung) erfordert. (Vgl. Seuffert Anm. 4, Petersen § 266 Nr. 1, Hellmann II S. 107, Gaupp II S. 110, A. Förster Anm. 4. A. M.: Sarwey I S. 408, Kleiner II S. 131. Die von Wilm. Levy a. a. O. angeführten Vorschriften d. WO. Art. 46, HGB. Art. 310 gehören nach EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 nicht hierher.) Der Begriff ist der Natur der Sache nach kein materiell-rechtlicher (A. M. Wilm. Levy a. a. O.).

§ 267.

Literatur: Bülow im civ. Arch. 62 S. 6 ff., Goldenring in Busch, Zeitschr. IX S. 84 ff.

1) Der § 267 handelt von der sog. Deckung der Nichtigkeiten und bezweckt — im Anschluß an Bestimmungen vieler neueren Gesetzgebungen [Code de proc. art. 173, Preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 6 (GS. S. 302), Bayer. PO. Art. 218, 219, P. E. § 292, N. E. § 340] — die Parteien zur möglichst baldigen Rüge einer Verletzung von Prozeßvorschriften anzuhalten und dadurch die Zahl der formellen Revisionsbeschwerden zu vermindern, sowie einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern.

2) Die Mot. sagen, es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter die Bestimmung des § 267 fallen, bemerken aber daneben, daß unter „Prozeßhandlungen" insbesondere diejenigen Akte zu verstehen sind, welche auf Betreiben einer Partei von nicht richterlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollziehern, Gerichtsschreibern) vorgenommen werden (z. B. Ladungen, Zustellungen) — actes de procédure (Code de proc. art. 173). Es kann übrigens keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß außer diesen Handlungen auch Akte des Gerichts, welche nicht eigentlich Akte der Rechtsprechung sind, z. B. Nichtverkündung von Beschlüssen, die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergingen (§ 294 Abs. 1), Nichtzustellung nicht verkündeter Beschlüsse (§ 294 Abs. 3), Nichtbeeidigung von Sachverständigen (RG. IX S. 377), überhaupt Verstöße gegen die Vorschriften über die Beweiserhebung, auch die Verletzung des § 148 (RG. XII S. 436) usw., unter den § 267 fallen. Hierfür spricht nicht allein der allgemeine Ausdruck „einer das Verfahren betreffenden Vorschrift" und die ratio legis, sondern auch die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. Derselbe ist wörtlich dem N. E. § 340 entnommen, und diesem wiederum liegt der § 292 des P. E. zu Grunde, welcher im Eingang lautete: „Ist eine Prozeßhandlung wegen Verletzung einer die Form oder das Verfahren betreffenden Vorschrift nichtig, so" usw. In den Mot. zu dem letzteren (S. 61) heißt es ausdrücklich, unter „Prozeßhandlungen" verstehe der Entwurf nicht nur solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung eines Rechtsstreits vorgenommen werden (Partei-Prozeßhandlungen), sondern auch „solche Handlungen, welche von dem Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne Akte der Rechtsprechung zu sein (gerichtliche Prozeßhandlungen), z. B. Beweiserhebungen". Die Norddeutsche

Prozeßkommission schloß sich nun bei Erörterung des Begriffs von „Prozeßhandlung" im Allgemeinen der Auffassung jener Mot. an, war aber der Ansicht, daß die Redaktion einen weniger zu Zweifeln Anlaß gebenden Ausdruck zu wählen haben werde (Norbb. Prot. S. 316, 317). In Folge dessen erhielt der Eingang des Paragraphen die jetzige Fassung. Bei späterer Berathung wurde (Norbb. Prot. S. 1577) noch ausdrücklich bemerkt, man sei darüber einig gewesen, daß die Möglichkeit des Verzichts sich nicht auf mangelhafte Handlungen der Parteien beschränke, sondern auch für andere im Prozesse vorkommende Fehler gelte. (Ebenso Seuffert Anm. 2 u. 6 i. A., Petersen § 267 II, Hellmann II S. 109 ff., Sarwey I S. 410, 411, Endemann II S. 87, Goldenring a. a. O. S. 94, Wach, Vortr. S. 190, 191 u. A.; vgl. auch Erythropel in Busch, Zeitschr. III S. 112 ff.) Insbesondere findet § 267 auch auf Beweisbeschlüsse in ihrer prozeßleitenden Bedeutung (im Gegensatz zur Anfechtung des Inhalts) Anwendung, namentlich wenn dadurch die Leistung eines zugeschobenen Eides in einem Falle angeordnet ist, in welchem nach §§ 425, 426 auf Leistung des Eides durch bedingtes Endurtheil hätte erkannt werden müssen (RG. III S. 365). Daß dabei materielle Punkte zu prüfen sind und die Entscheidung „materiellen Parteirechten präjudizirt", kann den wesentlich prozeßleitenden Inhalt eines solchen Beschlusses nicht aufheben (A. M.: Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 86, A. Förster Anm. 2).

Aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß eine Partei Verstöße gegen dispositive Normen des Verfahrens, welche sie selbst begangen hat, nicht als ungültig rügen kann (Seuffert Anm. 7).

3) Die Voraussetzung des Ausschlusses mit der Rüge der Verletzung der Prozeßvorschrift bildet nach Abs. 1 der Verzicht, welcher als einseitige Handlung nicht der Annahme seitens des Gegners bedarf und daher auch in dessen Abwesenheit erklärt werden kann. Er kann ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender sein. Dem letzteren, welcher nur bei einer Kenntniß des Mangels vorliegt, ist aber der Fall gleichgestellt, wenn die Partei den Mangel kennen mußte (unentschuldbare Nichtkenntniß). Die Annahme eines stillschweigenden Verzichts (Wilm. Levy Anm. 2) in den gesetzlichen Fällen („wenn sie — mußte") ist unwiderleglich (eine Fiktion). Der Nachweis des Versehens bzw. Irrthums findet also nicht statt. [Auch hier beruht nach Bülow a. a. O. der Nachtheil auf einer Rechtsverwirkung.]

Der stillschweigende Verzicht erstreckt sich nach Fassung und Zweck des § 267 auf alle Folgen, welche die Verletzung der Vorschrift im Falle der Rüge gehabt hätte, z. B. auch auf den Nichteintritt der Unterbrechung der Verjährung. (So auch Puchelt II S. 77, Gaupp II S. 114. A. M. Siebenhaar S. 310 Anm.*)

Der Verzicht kann nicht im Voraus wirksam erklärt werden; der Prozeß würde sonst zum Konventionalprozeß werden (vgl. auch Endemann II S. 88, Gaupp II. S. 110 u. A. A. M. A. Förster Anm. 4a).

4) — „bei der nächsten mündlichen Verhandlung" — d. h. bis zu deren Schlusse (s. § 247 Anm. 3 a. E., Seuffert Anm. 4a, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 100 ff. u. A. A. M. Bolgiano das. I S. 52 ff., 66 ff.), mithin z. B. in dem Verhandlungstermine, in welchem die Zeugen vernommen sind (RG. XII S. 436). — Die Unterlassung der Rüge in einem Schriftsatze oder in einem nicht zur mündlichen Verhandlung (z. B. vor dem beauftragten Richter) anberaumten Termin ist unerheblich.

— „welche — genommen ist" — Die mündliche Verhandlung muß entweder auf Grund des fehlerhaften Verfahrens, z. B. einer unrichtigen Ladung, stattgefunden haben, oder in derselben muß auf das betreffende Verfahren, z. B. die formwidrige Beweisaufnahme, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, Bezug genommen sein (Norbb. Prot. S. 317).

5) — „erschienen" — Erscheint die Partei nicht, so trifft die Annahme des Verzichts nicht zu (§ 300 Nr. 2), ebensowenig, wenn sie auf eine mangelhafte Ladung erscheint, aber dieselbe rügt (RG. II S. 399 u. im RAnz. 1882 b. Beil. Nr. 3 S. 1).

§ 268. Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

N. Entw. § 376. Entw. I. § 244. Entw. II. § 253. Entw. III. § 258. Mot. S. 215, 216. Prot. S. 92.

— „bekannt war oder bekannt sein mußte" — Trat diese Voraussetzung erst später ein, so schadet die Unterlassung der Rüge erst bei der nächsten Verhandlung, in welcher zur Geltendmachung derselben sich Veranlassung geboten hat (Endemann II S. 88).

6) Ist das Rügerecht einmal verloren, so kann dasselbe auch für die Berufungs- bzw. Revisionsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden (§§ 492, 521). In diesen Instanzen findet § 267 gleichfalls Anwendung (§§ 485, 520).

7) Abs. 2: Vorschriften, auf deren Befolgung eine Partei nicht verzichten kann — vgl. § 247 Anm. 11, Bülow a. a. O. S. 93 ff., 31, 32. Hiermit ist das gesammte Gebiet des sog. dispositiven Civilprozeßrechts vom Abs. 2 ausgeschlossen. Gemeint sind die Fundamentalgrundsätze des Prozesses und die einzelnen in der CPO. als indispensabel bezeichneten Vorschriften. Es gehören dazu z. B. diejenigen über die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts (GVG. § 194), über die Oeffentlichkeit des Verfahrens (GVG. §§ 170 ff.), ferner CPO. §§ 40 Abs. 2, 50 ff., 74 ff., 119 ff., 202 Abs. 1, 232, 269, 280, 304, 306, 477, 497, 514, 529, 537, 552, 575 usw. (Vgl. Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 98, 99, Birkmeyer das. VII S. 386, 387, RG. V S. 167, VI S. 194, XII S. 438 [in Ehesachen].) Bei den Parteihandlungen kommt es darauf an, ob dieselben absolut oder dispositiv normirt sind (vgl. Bülow a. a. O. S. 96 Anm. 59 und RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 256 [Nichtbeeidigung von Sachverständigen]). Die Mot. heben ausdrücklich hervor, daß auf die Befolgung aller Vorschriften verzichtet werden kann, welche Akte, wie Zustellungen und Ladungen, betreffen, die von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei vorgenommen werden. [Vgl. auch Nordd. Prot. S. 316—319, Hellmann I S. 487 ff., Sarwey I S. 412, Birkmeyer a. a. O. S. 213 Anm. 137, RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 51 u. A.] Anders freilich, wenn es sich um die Zustellung innerhalb der Nothfrist handelt (s. RG. IV S. 414, VII S. 373, IX S. 413, X S. 362); alsdann ist von Amtswegen auch zu prüfen, ob demjenigen zugestellt worden ist, welchem gesetzlich zugestellt werden muß (so auch Wilm. Levy Anm. 5 a. E., Puchelt II S. 77, Gaupp I S. 443—445, II S. 114, 115. A. M. Petersen § 267 IV 2); desgl. ob die Zustellung von Amtswegen oder auf Betreiben der Partei zu erfolgen hatte (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 4 S. 205; s. hiergegen Goldenring a. a. O. S. 85, 94 ff.). Zu den verzichtbaren Vorschriften gehören auch die der §§ 148 (RG. XII S. 438), 375 Abs. 2 (RG. IX S. 377), 410, 413, 414, 418, 422. (Vgl. Wach, Vortr. S. 190. A. M.: theilweise Gaupp II S. 509, 510, Wilm.-Levy Anm. 1, § 492 Anm. 1, v. Kries, Rechtsmittel S. 181 ff.) S. auch RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 7 Nr. 3 (Zustellung der Anfechtungsklage an einen nicht legitimirten Anwalt), A. Förster Anm. 1.

Auf die Anwendung der Rechtsbehelfe des § 267 Abs. 1 selbst wie des § 521 kann dagegen nicht verzichtet werden (s. Wach im civ. Arch. 64 S. 212, Seuffert Anm. 3 a. E.).

§ 268.

1) Der Sühneversuch hängt lediglich vom Ermessen des Gerichts ab; er kann auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet werden. Ausnahme: §§ 570, 571.

Die Parteien werden, wenn ihr persönliches Erscheinen angeordnet ist, von dem Termin durch die Prozeßbevollmächtigten benachrichtigt.

2) Daß ein beauftragter oder ersuchter Richter, auch ohne daß die Parteien an ihn zum Zwecke des Sühneversuchs verwiesen sind, Vergleichsverhandlungen vornehmen kann (Bayer. PO.

§ 269. Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgetheilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.

N. Entw. §§ 408–412. Entw. I. § 245. Entw. II. § 254. Entw. III. § 259. Mot. S. 19–25, 193. Prot. S. 93.

Art. 221, H. E. § 222, N. E. § 376), betrachten die Mot. als selbstverständlich. (So auch RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 69 Nr. 13, ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 274). Derselbe kann aber nicht selbständig das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen (Seuffert Anm. 4, Gaupp II S. 115, Wilm. Levy Anm. 2. A. M.: Petersen § 268 Nr. 2, Endemann II S. 90, Hellmann II S. 112 u. Lehrb. S. 435, Sarwey II S. 413). Vgl. § 132 Anm. 2.

3) Kommt ein Vergleich zu Stande, durch welchen der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird, so ist er zu Protokoll zu nehmen (§ 146 Nr. 1, RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 69, ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 274); auf die landesgesetzliche Befugniß zur Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt es dabei nicht an (A. M. Eccius in Gruchot, Beitr. XXVII S. 478, XXVIII S. 273). Aus dem Vergleich findet die Zwangsvollstreckung statt (§§ 702 Nr. 1, 703). Ueber die Kosten bestimmt § 93. Vgl. auch GKG. § 21, 22, 23, 41, 101 (letztere vier §§ in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881), GO. f. RA. § 13 Nr. 3.

4) An das Nichterscheinen der Partei im Sühnetermine ist so wenig für die Fälle des Abs. 2, wie für die regelmäßigen Fälle des Sühneversuchs, in denen das persönliche Erscheinen der Partei nicht angeordnet wird, ein Rechtsnachtheil geknüpft; auf einen solchen kann daher auch nicht erkannt werden. Vgl. § 132. (N. E. § 378 legt im Falle des Abs. 2 der nicht erschienenen Partei die Kosten des Termins zur Last. Ein Gleiches hält Sarwey II S. 413 nach § 268 für zulässig; vgl. dagegen Petersen a. a. O., Gaupp II S. 116.)

5) Ueber den Sühneversuch vor dem Amtsgerichte vgl. §§ 471, 702 Nr. 2; über den Sühneversuch in Ehesachen s. §§ 570 ff.

§ 269.

1) Der § 269 enthält eine auf die große prozessualische Bedeutung der Anträge (petita) sich gründende Ausnahme von dem Grundsatze der Mündlichkeit (vgl. §§ 119 Anm. 1, 128 Anm. 1). Unter den „Anträgen" sind auch hier alle die Sache selbst, sei es im Hauptstreit (vgl. §§ 230 Nr. 3, 240 Nr. 2, 3), sei es in einem Zwischenstreit (vgl. z. B. §§ 68, 72, 73, 386, 389, 393) betreffenden Anträge zu verstehen, dagegen nicht Anträge von blos prozessualischem Charakter [z. B. auf Vertagung, auf Feststellung von Erklärungen (§ 270), namentlich auch nicht auf Erlassung eines Versäumnißurtheils (§§ 295, 296), da solche in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sein können]. (So auch RG. in D. J. Ztg. 1884 S. 400, Gaupp II S. 117, Petersen §§ 269, 270 Nr. 1, H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVII S. 312 und Prot. u. Urth. S. 20, Tränkner in Busch, Zeitschr. VII S. 267, Fitting das. S. 241 u. A.) Der Ausdruck „auf Antrag" dagegen bildet den Gegensatz zu „von Amtswegen" und bedeutet so viel wie „auf Verlangen einer der Parteien"; es kann dabei bald ein Antrag der ersteren, bald ein solcher der letzteren Art vorausgesetzt sein. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2, Endemann II S. 91.) Die Ausdrücke „müssen", „muß" in den Abs. 1 und 2 entsprechen dem in Abs. 4 angedrohten Rechtsnachtheil. Eine Deckung nach § 267 Abs. 1 ist hiernach nicht zulässig (s. das. Abs. 2).

Die Ermäßigung des Klagantrags auf einen geringeren Betrag (z. B. wegen einer inzwischen erfolgten Zahlung) kann auch im Protokoll festgestellt werden, weil sie gegenüber dem ursprünglichen Antrage einen Verzicht im Sinne des § 146 Nr. 1 enthält (A. M. Wilm. Levy Anm. 4 a. E.).

Daß die bereits in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltenen Anträge verlesen sind, braucht nicht in Gemäßheit des § 148 festgestellt zu werden, weil es nach § 269 keiner Aufnahme derselben in das Protokoll bzw. dessen Anlage (§ 146 Abs. 3), als welche ein vorbereitender Schriftsatz nicht anzusehen ist, bedarf, und man rücksichtlich ihrer daher auch nicht von einer Feststellung „durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll" im Sinne des § 146 Abs. 2 sprechen kann. (So auch H. Meyer Prot. u. Urth. S. 19 im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht in Gruchot, Beitr. XXVII S. 312.) Die Verlesung gehört vielmehr nur — im Gegensatze zu den in Abs. 2 u. 3 gedachten Anträgen — zur Angabe des Ganges der Verhandlung im Sinne des § 146 Abs. 1. Vgl. auch § 146 Anm. 1 u. 3.

2) Ueber die vorbereitenden Schriftsätze vgl. §§ 120 und 121.

Das Verlesen bezieht sich nicht auf die Begründung der Anträge. Vgl. § 128 Anm. 1.

3) Abs. 2: Eine Feststellung der Anträge durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll selbst (§ 146 Abs. 2) ist nicht gestattet; vielmehr kann die Feststellung nur in der in § 146 Abs. 3 vorgesehenen Art erfolgen.

4) Abs. 3: Welcher Punkt als „wesentlich" zu betrachten, entscheidet das Gericht nach Lage der Sache (vgl. § 270 Anm. 3).

5) Die Verlesung der Anträge muß durch das Gericht von Amtswegen angeordnet werden. Desgleichen müssen im Gegensatz zu den in § 270 behandelten Erklärungen der Parteien die in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthaltenen Anträge sowie Abänderungen der dort enthaltenen Anträge auch von Amtswegen festgestellt werden; dieses geht schon aus der Ausdrucksweise in § 146 Abs. 2 „sind festzustellen" in Verbindung damit hervor, daß die in § 270 Abs. 1 und 2 enthaltenen Worte „auf Antrag" in § 269 fehlen. Die Mot. sagen (S. 22):

> „Wenn er (der Vorsitzende) bemerkt, daß die vor ihm liegenden schriftlichen Gesuche abgeändert werden, ohne daß die schriftliche Feststellung erfolgt, so wird er hierauf aufmerksam machen; wenn er dieses aber unterläßt und erst bei der Urtheilsfällung das Verfahren zur Sprache kommt, so wird durch die Wiedereröffnung der Verhandlung vor der Urtheilsverkündung dasselbe in einfachster Weise zu heben sein."

Vgl. auch § 130 Abs. 1 und § 146 Abs. 1, 3, 5. (Zustimmend Sarwey I S. 414, Gaupp II S. 118 u. A. A. M. Endemann II S. 92 Anm. 4 mit Rücksicht darauf, daß Feststellung durch „einen Schriftsatz" erlangt wird, womit aber nicht unvereinbar ist, daß der Vorsitzende von Amtswegen die Partei zur Einreichung des Schriftsatzes bei Vermeidung des in Abs. 4 gedrohten Nachtheils auffordert; Kleiner II S. 137.)

Die Aufnahme der Anträge in den Thatbestand (§ 284 Nr. 3) kann die Nichtbeachtung des § 269 Abs. 1—3 nicht decken. Es ist eine Verletzung des § 269 Abs. 4, wenn dieselben gleichwohl berücksichtigt sind (vgl. Mot. S. 22, v. Bülow in Busch, Zeitschr. IV S. 344 u. A.). Anders die bloße Nichterwähnung der Verlesung im Sitzungsprotokoll. In dieser Beziehung wird der Thatbestand beweisen können (vgl. § 150 Anm. 1). [Zustimmend Gaupp II S. 118, Wilm. Levy Anm. 5, H. Meyer in Gruchot a. a. O., Wengler: Thatbestand S. 112 Anm. 43. A. M. Rocholl, Rechtsfälle I S. 518.] Ein Gleiches gilt von dem bloßen Widerspruch einer Partei gegen die Anträge des Gegners, der, auch wenn er nicht in einen formellen Antrag gekleidet ist, schon deßhalb berücksichtigt werden muß, weil bei der Verhandlung über die Anträge des Gegners der Widersprechende nicht nach § 298 als nicht verhandelnd oder als geständig angesehen werden kann. (So auch Wilm. Levy Anm. 5 a. E.)

§ 270. Soweit es sich nicht um Anträge (§. 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide festzustellen.

N. Entw. § 408—412. Entw. I. § 245. Entw. II. § 255. Entw. III. § 260. Mot. S. 19—25, 193. Prot. S. 92—94.

Ueber die verlesenen Anträge sowie über die Nichtberücksichtigung nicht verlesener Anträge (Abs. 4) ist im Urtheil zu entscheiden (vgl. Wilm. Levy Anm. 4).

6) Im amtsgerichtlichen Verfahren findet § 269 keine Anwendung (§ 469).

§ 270.

1) Der § 270 handelt — im Gegensatz zu den Anträgen des § 269 — von Erklärungen der Parteien, d. h. jedem Vorbringen von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln einschließlich der Beweismittel, und zwar der Abs. 1 von Erklärungen im Allgemeinen, der Abs. 2 speziell von Geständnissen und Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide. Beiden Absätzen gemeinsam ist die Bestimmung, daß die betreffenden Erklärungen auf Antrag festzustellen sind. Eine Feststellung derselben von Amtswegen findet also — abweichend von Hann. PO. § 102, H. E. § 130 und N. E. § 411 — nicht statt; das Gericht hat nur das Mittel, die Erklärung in den Thatbestand aufzunehmen — § 284 Nr. 3; ein Antrag einer der Parteien auf Feststellung aber muß, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 oder 2 vorhanden sind, berücksichtigt werden.

2) Die Feststellung setzt nothwendig einen Schriftsatz voraus. Das Abfassen desselben ist zunächst Sache desjenigen, welcher die Erklärung bzw. das Geständniß abgegeben hat. Weigert dieser aber die Abfassung, so kann auch der Gegner den betreffenden Schriftsatz einreichen. (Es heißt in § 270 ganz allgemein „auf Antrag".) Weigert sich der Erklärende weiter, den Inhalt als richtig anzuerkennen, so sind nach § 148 die Einwendungen gegen die Genehmigung zu protokolliren. Das Gericht hat alsdann nach freier Ueberzeugung die beiderseitigen Behauptungen zu beurtheilen und das Ergebniß in den Thatbestand (§ 284 Nr. 3) aufzunehmen, welchem gegenüber ein beweisfähiges Sitzungsprotokoll nicht vorhanden ist (vgl. § 285 Anm. 1). Der Gerichtsschreiber hat niemals die Erklärung (das Geständniß) zu Protokoll zu nehmen. [So auch Fitting, Vortr. S. 53, Endemann II S. 93, 94, Petersen §§ 269, 270 Nr. 2, H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVII S. 316 u. Prot. u. Urth. S. 15 ff., im Wesentlichen auch Wilm. Levy Anm. 2 u. 3, welche jedoch, gleichwie das dort angeführte Urth. d. RG. v. 1. Okt. 1881, das Verlesen des Vermerks, daß die Anlage überreicht sei, für genügend halten, u. A. A. M. Sarwey I S. 415, welcher für den Fall, daß die Feststellung der Erklärungen durch Schriftsatz verweigert wird, ungeachtet der Worte „durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind" die Feststellung durch Aufnahme in das Protokoll für zulässig hält. Theilweise abweichend auch Gaupp I S. 414 u. II S. 120, Seuffert Anm. 1, A. Förster Anm. 1.]

3) Voraussetzung im Abs. 1 ist, daß die ergänzenden Erklärungen bzw. die Abweichungen „wesentliche" sind. Ob diese Voraussetzungen vorhanden, hat auch hier der Vorsitzende bzw. das Gericht nach Lage des einzelnen Falles zu beurtheilen. — Gleichgültig ist, ob die Erklärungen Thatsachen betreffen, von denen in den vorbereitenden Schriftsätzen noch gar nicht die Rede war, oder nur Abweichungen von dem thatsächlichen Inhalte dieser Schriftsätze enthalten.

— „festzustellen" — vgl. § 146 Abs. 2, 3 u. Anm. 5. Die Feststellung kann auch hier nur nach Maßgabe des § 148 durch Vorlesung (oder Vorlegung zur Durchsicht) und Genehmigung erfolgen (vgl. § 285 Anm. 1. A. M. v. Bülow in Busch, Zeitschr. IV S. 344, welcher unter irrthümlicher Berufung auf § 128, der sich auf Feststellung von Erklärungen gar nicht bezieht,

§ 271. Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgetheilt.

N. Entw. §§ 397–399. Entw. I. – Entw. II. § 256. Entw. III. § 261. Mot. S. 216. Prot. S. 94, 543.

---

die Verlesung eines bloßen Vermerks im Protokolle, daß sich die Anlage im Einklange mit der mündlich abgegebenen Erklärung befinde, für genügend erachtet). Erstreckt sich die Verhandlung über mehrere Termine, so ist, sofern nur die Zusammensetzung des Gerichts die gleiche bleibt, die Wiederholung einer im früheren Termine erfolgten Festsetzung bei derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, nicht erforderlich, da die mündliche Verhandlung ein Ganzes bildet (vgl. § 119 Anm. 6. A. M. v. Bülow a. a. O. S. 345).

4) Abs. 2: Geständnisse und Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide sind ohne Rücksicht darauf, ob sie in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten sind oder nicht, auf Antrag zu Protokoll festzustellen. Der Grund hiervon ist, daß sie, einmal mündlich abgegeben, in der Regel nicht zurückgezogen werden können (§§ 263, 423), während ihre Aufnahme in die vorbereitenden Schriftsätze einer Zurückziehung nicht entgegensteht, (vgl. § 263 Anm. 2). — Ein zweiter Unterschied der Voraussetzungen des Abs. 2 von denen des Abs. 1 ist der, daß der Richter nicht zu prüfen hat, ob das Geständniß usw. sich auf eine wesentliche Thatsache bezieht, die Parteien vielmehr unbedingt die Protokollirung verlangen können. Uebrigens ist, falls trotzdem das Gericht die Feststellung ablehnt, ein Rechtsbehelf nicht gegeben (vgl. Endemann II S. 94).

Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche sind nach § 146 Abs. 2 Nr. 1 von Amtswegen festzustellen, entweder im Protokolle oder in einer Anlage zu demselben.

Die Anlagen des Protokolls werden verlesen oder zur Durchsicht vorgelegt (§§ 146 Abs. 3, 148).

5) Anträge auf Erweiterung der Protokollirung sind von der RTK. abgelehnt worden. Vgl. noch über die hier einschlagenden Fragen: Leonhardt: Zur Reform II S. 25 ff.; Verhandlungen des 9. D. Juristentags II (Gutachten von v. Bar S. 7 ff., Plathner S. 90 ff., v. Grodbeck S. 117 ff.), III S. 247 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 81 ff., Meisner: Noch ein Wort in letzter Stunde. Berlin 1875. S. 52 ff.

6) Ueber den Thatbestand im Urtheil, welcher neben den vorbereitenden Schriftsätzen und dem Sitzungsprotokolle für die Feststellung des Sachverhältnisses in Betracht kommt, vgl. § 284; über das Berichtigungsverfahren § 291; über die Protokollirung im vorbereitenden Verfahren § 315 und im amtsgerichtlichen Verfahren §§ 469 u. 470.

§ 271.

1) Der § 271 handelt nur von den gerichtlichen Prozeßakten. Daß dieselben überhaupt anzulegen sind, liegt stillschweigend in dem Abs. 1 (vgl. auch §§ 76, 124, 506, 529, 646) und hat daher nicht, wie im N. E. § 396, einen besonderen Ausdruck gefunden. Zu denselben sind alle auf den Prozeß bezüglichen Schriftstücke zu nehmen. Die näheren Bestimmungen über die Anlegung und Führung der Prozeßakten sind der reglementarischen Regelung vorbehalten (Hann. PO. § 180). S. für Preußen die Geschäftsordnungen für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte (Anl. I z. JMBl. Nr. 32 von 1879) §§ 7, 23, 24, der Landgerichte (ebendas. Anl. II) §§ 19 ff., der Oberlandesgerichte (Anl. A z. JMBl. Nr. 37 v. 1879) §§ 7, 19 ff. Wegen Auf-

bewahrung und Vernichtung der Akten s. d. Allg. Verf. d. JustMin. v. 22. Sept. 1879 (JMBl. S. 326), v. 14. Febr. u. 17. Sept. 1880 (JMBl. S. 33, 213), v. 13. Sept. 1881 (JMBl. S. 186), v. 10. Juni 1884 (JMBl. S. 130).

„Parteien" sind auch die Nebenparteien der §§ 61—73 nach ihrem Beitritt zum Prozesse (s. d. allg. Bem. z. Buch I Abschn. 2, oben S. 47, Puchelt II S. 83, Hellmann II S. 115 u. A.).

Ausfertigungen (über den Begriff vgl. § 156 Anm. 2) dürfen nicht bis zur Bezahlung der Gebühren zurückgehalten werden (GKG. § 3 und Mot. dazu S. 29); dagegen kann die Anfertigung derselben sowie der Abschriften von vorgängiger Zahlung eines die Schreibgebühr deckenden Betrags abhängig gemacht werden (GKG. § 97 Abs. 2). Das Gericht kann aber auch den Anwälten die Fertigung der Abschriften usw. überlassen (RG. VII S. 342). Der Armenanwalt kann die unentgeltliche Anfertigung von Abschriften aus den Prozeßakten durch die Gerichtsschreiberei oder Ersatz der von ihm selbst aufgewendeten Schreibgebühren von der Staatskasse verlangen.

2) Abs. 2: Der „Vorstand des Gerichts" ist bei den Kollegialgerichten der Präsident (nicht der Vorsitzende der betreffenden Abtheilung), bei den Amtsgerichten der mit der allgemeinen Dienstaufsicht betraute Amtsrichter (GVG. §§ 22, 58, 119, 126).

Ueber Glaubhaftmachung vgl. § 266, über „rechtliches Interesse" s. § 63 Anm. 2. Es kommt übrigens nicht blos ein Interesse am Rechtsstreit oder überhaupt ein privatrechtliches Interesse in Betracht (vgl. § 231 Anm. 5, Gaupp II S. 122, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Kleiner II S. 143). Unter „Dritten Personen" sind hier auch Behörden mitbegriffen, welche, z. B. im disziplinarischen Interesse, Einsicht der Akten begehren.

Der Abs. 2 spricht zwar nur von Einsicht der Akten, dürfte aber auf die Ertheilung von Abschriften gleichfalls zu beziehen sein. In den Gesetzgebungen, auf welche die Mot. Bezug nehmen (vgl. z. B. Hann. PO. § 182, H. E. § 228, N. E. § 399), ist dieses deutlich ausgesprochen, und eine Abweichung ist offenbar nicht beabsichtigt, würde auch durch innere Gründe nicht gerechtfertigt sein. Auch im Abs. 3 ist wiederum sowohl von der Einsichtnahme wie von der Mittheilung von Abschriften die Rede. (Ebenso Puchelt II S. 83. A. M.: Seuffert Anm. 2, Petersen § 271 Anm., Hellmann II S. 116, Wilm. Levy a. a. O.) Unbestritten dürfen sich Dritte, welchen die Einsichtnahme gestattet ist, bei dieser Gelegenheit selbst Abschriften anfertigen (vgl. Seuffert a. a. O., A. Förster Anm. 3 a. E. u. A.).

3) Gegen die Verfügung, durch welche ein Gesuch um Gewährung der Akteneinsicht oder um Mittheilung von Ausfertigungen usw. zurückgewiesen ist, findet nach der allgemeinen Vorschrift des § 540 die Beschwerde statt (vgl. H. E. § 600 Nr. 22, N. E. § 814 Nr. 4, 5).

4) Ein Antrag, wonach — entsprechend dem § 147 Abs. 4 der StrPO. — mit Genehmigung des Vorsitzenden die Gerichtsakten den Anwälten in deren Wohnungen verabfolgt werden können, ist von der RTK. abgelehnt worden. Verboten ist indessen die Verabfolgung nicht; beim Reichsgericht ist dieselbe geordnet. (So auch RG. VII S. 342, Präs. des RG. in D. J. Ztg. 1880 S. 151, Sarwey I S. 416, Wilm. Levy Anm. 1 und Petersen a. a. O. A. M.: Gaupp II S. 123, Seuffert Anm. 3, Endemann II S. 96, A. Förster Anm. 2a u. A.)

5) Abs. 3: vgl. GVG. § 195 Anm. 4.

6) Ueber die Parteiakten, welche namentlich im französischen Prozeßrecht eine bedeutende Rolle spielen, enthält die CPO. an dieser Stelle keine ausdrücklichen Bestimmungen, wie sie sich z. B. in der Hann. PO. §§ 178 und 179, im H. E. §§ 226 und N. E. §§ 400 und 401 befinden. Soweit solche sich auf die Verpflichtung der Anwälte zur Führung vollständiger und geordneter Parteiakten (Handakten) beziehen, gehören sie in die Anwaltsordnung (vgl. RAO. § 32 u. Mot. dazu S. 60); soweit sie die Befugniß des Gerichts betreffen, die Vorlegung der Parteiakten zu verlangen, ist das Bedürfniß durch die Vorschrift des § 134 gedeckt.

7) Ueber Akten der Gerichtsvollzieher s. z. B. für Preußen Allg. Verf. v. 23. Febr. 1885 (JMBl. S. 68) §§ 12 ff.

Zweiter Titel. **Urtheil.**

§ 272. Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

N. Entw. § 419. Entw. I. § 246. Entw. II. § 257. Entw. III. § 262. Mot. S. 29, 30, 216–220. Prot. S. 95, 543.

Zweiter Titel.

1) Die „Urtheile" sind eine besondere Art der richterlichen „Entscheidungen", nämlich diejenigen, welche nach [obligatorischer oder fakultativer (vgl. §§ 275 Anm. 2 a. E., 312 Anm. 4, 802 — A. M. Seuffert S. 341)] mündlicher Verhandlung über einen Streitpunkt materiellen oder prozessualischen Inhalts ergehen (unter den Parteien oder im Verhältniß zu Dritten — vgl. §§ 68, 126, 352) und nicht blos die Prozeßleitung betreffen. (Eine Ausnahme s. in § 291 Anm. 4.) Den Gegensatz bilden hiernach „Verfügungen", „Beschlüsse" und „Anordnungen", obschon letzterer Ausdruck nicht streng technisch gebraucht wird (vgl. § 294 Anm. 1, Nordd. Prot. S. 573 ff., 610 ff.; ferner Gaupp II S. 124 ff., Endemann II S. 97 ff. usw.; enger Freudenstein, Rechtskraft S. 11 ff.). Man unterscheidet kontradiktorische Urtheile und „Versäumnißurtheile" (§§ 295 ff.), je nachdem das Urtheil auf Verhandlung mit beiden Parteien oder auf Verhandlung mit einer Partei erlassen ist, ferner nach dem Inhalt: „Endurtheile" (§ 272 Anm. 2) einschließlich der „Theilurtheile" (§§ 273, 274, 278) und im Gegensatz zu den „Endurtheilen": „Zwischenurtheile" (§ 275). Endurtheile oder Zwischenurtheile können durch Ableistung eines Eides bedingt sein (§§ 425, 426).

Urtheile sind in bestimmter Form abzufassen (§ 284) und binden das Gericht (§ 289), während Beschlüsse und Verfügungen (abgesehen von § 324) formlos sind und in der Regel (Ausnahme: § 540 Abs. 3) von dem Gericht, welches sie erlassen hat, abgeändert werden dürfen.

Eine Anleitung zur Abfassung von Urtheilen rc. enthält Pütter: Urtheile, Beschlüsse u. Verfügungen in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Berlin 1885; desgleichen Daubenspeck: Referat, Votum u. Urtheil. 2. Aufl. Berlin 1885 und L. Korn: Anleitung zur formellen Bearbeitung von Urtheilen in Civilprozessen erster u. zweiter Instanz. Berlin 1885. Vgl. auch H. Meyer: Protokoll u. Urtheil im Civil- u. Strafprozeß. Berlin 1885. S. 39 ff.

2) Die §§ 272—278 handeln von den verschiedenen Arten der Urtheile (das Versäumnißurtheil wird besonders im dritten Titel behandelt); § 279 bestimmt den Umfang mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime; § 280 betrifft die zur Fällung des Urtheils berufenen Richter; §§ 281—283 beziehen sich auf die Verkündung. Von dem Inhalt des Urtheils handeln die §§ 284—286, von der Berichtigung und Ergänzung desselben §§ 290—292, von der Rechtskraft § 293, von Beschlüssen und Verfügungen § 294.

§§ 272—275.

1) In dem mündlichen Verfahren besteht ein besonderes Bedürfniß thunlichster Beschränkung des Prozeßstoffs einer mündlichen Verhandlung, damit Richter und Parteien nicht die Uebersicht verlieren. Es ist daher „von größter Bedeutung, daß das Verfahren in mehrere Abschnitte mit einem bestimmten Prozeßstoffe zerfällt, welche, in sich und gegen einander durch den Richter wie die Parteien bindende Urtheile abgeschlossen, später in ihrer Verbindung das Endurtheil ergeben" (Mot. S. 29). Diesen Zweck verfolgen u. A. die Vorschriften über die Trennungs-Befugniß des Gerichts (§§ 136, 137). In engster Verbindung damit stehen die vorliegenden Bestimmungen, welche — gleichviel ob von jener Befugniß zur Trennung der Verhandlung (§ 137) Gebrauch gemacht ist oder nicht — dem Gerichte die Befugniß beilegen bzw. zur Pflicht machen, sobald ein quantitativ oder qualitativ begrenzter Theil des Rechtsstreits zur Entscheidung reif ist, denselben durch Theilurtheil bzw. Zwischenurtheil zu erledigen, so daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, welche den erledigten Prozeßstoff betreffen,

nicht mehr geltend gemacht werden können, eine Folge und zugleich ein wirksames Korrektiv gegen die Abschaffung der Eventualmaxime (vgl. §§ 251—258 Anm. 2, 297 Anm. 3; s. auch Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 758 ff., 859 ff.).

2) Theilurtheile sind Endurtheile. Zwischenurtheile dagegen sind zwar, wie alle Urtheile, gleichfalls für das Gericht bindend (§ 289), aber, abgesehen von § 293 Abs. 2, in materieller Beziehung und — vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 502, 562 Abs. 3 — in Bezug auf die Rechtsmittel (§§ 472, 507) der Rechtskraft nicht fähig, gelten also, wie der P. E. § 595 sich ausdrückt, nur als ein Theil der Gründe des Endurtheils.

§ 272.

1) Der zur Entscheidung des Streits berufene Richter hat den nächsten zu diesem praktischen Resultate führenden Weg einzuschlagen, sich also in der Prüfung des Prozeßstoffs (der einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel) auf das Nothwendige zu beschränken. Er hat den Streit so bald und so leicht als möglich zu erledigen, ist also, wenn er ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel für durchgreifend erachtet, nicht verpflichtet, sich auf eine weitere Beurtheilung einzulassen (Hann. PO. § 344 und dazu die Bem. von Leonhardt, Württ. PO. Art. 360, P. E. § 353), während er andrerseits nicht (ebensowenig wie die Parteien — vgl. RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 155) einzelne Rechtsbehelfe von der Aburtheilung ausschließen und der späteren Entscheidung vorbehalten darf. Diesen wichtigen Grundsatz deutet die CPO. an, indem sie im Abs. 1 das Gericht verpflichtet, wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung — d. h. zur vollständigen Erledigung der beiderseitigen Anträge — reif ist, dieselbe durch Endurtheil zu erlassen. (Nur wenn ein Anspruch übergangen ist, kann nach § 292 eine Ergänzung des Urtheils verlangt werden.) Gleichwohl ist es nicht die Absicht gewesen, dem Ermessen des Gerichts hinsichtlich des Umfangs seiner Beurtheilung positive Schranken zu ziehen. Die Mot. S. 220 bemerken hierüber:

> „Wenn auch der Richter in der Regel das Streitmaterial nur soweit seiner Beurtheilung unterziehen wird, als dies zur Begründung der Entscheidung nothwendig ist, so würde es doch nicht unbedenklich sein, in dieser Beziehung durch eine positive Vorschrift Schranken zu ziehen, vielmehr muß es dem durch die Umstände des einzelnen Falls geleiteten Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob im Urtheil das gesammte Streitmaterial oder nur ein für die Endentscheidung durchgreifender Theil desselben zu prüfen ist (vgl. Hann. Prot. V S. 1622, Nordd. Prot. S. 611)."

Keinenfalls wird das Gericht unnöthige Beweiserhebungen veranstalten dürfen. (Vgl. Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 272—274 I, Hellmann II S. 119, 120, Gaupp II S. 128 u. A.)

2) Unter „Endurtheil" sind nach den Mot. diejenigen Urtheile zu verstehen, „welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder theilweise (s. § 273) in unbedingter oder (durch Eid) bedingter Weise endlich entscheiden"; es gehören dahin aber auch solche Urtheile, welche, ohne auf die Hauptsache einzugehen, den Prozeß aus prozessualischen Gründen beendigen, z. B. die Verwerfung eines Rechtsmittels, die Abweisung auf Grund prozeßhindernder Einreden (§ 247), die Verweisung an ein anderes Gericht (§§ 249, 466, 467), nicht auch bloße Zurückweisung einzelner Klaggründe (s. ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 261). [Vgl. auch Seuffert Anm. 1 u. in Busch, Zeitschr. VII S. 7 ff., Hellmann, Lehrb. S. 308, A. Förster Anm. 1 u. A. Wenn Bolgiano S. 300 das Endurtheil ein „die Instanz erledigendes Urtheil" nennt, so ist zu entgegnen, daß die bedingten Endurtheile und die Theilurtheile die Instanz für die Hauptsache nicht abschließen (vgl. Seuffert a. a. O. S. 15).] Die gewählte Form allein ist nicht entscheidend (vgl. §§ 473 Anm. 4, 507 Anm. 1, RG. I S. 427). Der Grundsatz der Erledigung durch Endurtheil gilt auch für die Widerklage (vgl. § 273 Anm. 2).

Außer der Eidesleistung (§§ 425, 439 Abs. 3) sind auch andere Bedingungen zulässig — diese jedoch richtiger nur für die Vollstreckung (Wach, Vortr. S. 85), z. B. Vorleistungen,

§ 273. Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

N. Entw. § 420. Entw. I. § 247. Entw. II. § 258. Entw. III. § 263. Mot. S. 29, 30, 216–218. Prot. S. 95–97, 543.

Sicherheitsleistung (vgl. §§ 650, 652, 671) 2c. Auch kann ein dies certus oder incertus beigefügt sein. Vgl. §§ 664, 672, aber auch EG. z. CPO. § 14 Nr. 4. Die Fälle der §§ 502, 562 sind nicht (wie Hellmann, Lehrb. S. 308 ff., 319, 714 annimmt) resolutiv bedingte Endurtheile, sondern Zwischenurtheile, welche nur rücksichtlich der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung den Charakter des Endurtheils haben (vgl. §§ 272—275 Anm. 2, 275 Anm. 2, 502 Abs. 3, 562 Abs. 3; s. auch RG. XII S. 374).

Von besonderer Bedeutung ist der Grundsatz des Abs. 1 für die Berufungs-Instanz (§§ 499—503).

3) Abs. 2: Eine richterlich angeordnete Verbindung (§ 138 — im Gegensatz der objektiven Klagenhäufung, wovon § 273 handelt) ist vorausgesetzt. Während sonst die Aufhebung der Verbindung nur gestattet ist (§ 141), ist das Gericht in dem vorausgesetzten Falle (nach dem Grundsatze des Abs. 1) ausdrücklich verpflichtet, den zur Endentscheidung reifen Prozeß vorweg zu erledigen und die Verbindung damit gleichfalls zu lösen.

§ 273.

1) Abs. 1: Der Grundsatz des § 272 wird hier auf den Fall angewendet, wenn nur ein quantitativ begrenzter Theil des Streites vor dem anderen, z. B. durch Geständniß der begründenden Thatsachen (hinsichtlich des Verzichts s. § 277 Anm. 4, des Anerkenntnisses § 278 Anm. 3) oder sonst, spruchreif geworden ist. Daß in diesem Falle über den spruchreifen Theil ein Endurtheil („Theilurtheil") erlassen wird, gewährt neben der Beschränkung und Vereinfachung des übrig bleibenden Prozeßstoffs den Vortheil, daß jener Theil im Interesse der obsiegenden Partei einer baldigen vollstreckbaren Erledigung zugeführt wird, indem eine Anfechtung des Theilurtheils mittels des gegen Endurtheile stattbaften Rechtsmittels sofort geschehen muß (§§ 472, 507). Ein Antrag, dies von dem Ermessen des Gerichts abhängig zu machen, ist von der RTK. abgelehnt, um dem Theilurtheil seine praktische Bedeutung zu sichern, zumal die Gefahr der Prozeßverschleppung und andere befürchtete Nachtheile durch Anwendung des Abs. 2, insbesondere in geeigneten Fällen durch die Erlassung eines bloßen Zwischenurtheils zu vermeiden sei (vgl. unten Anm. 5 u. § 275 Anm. 3, 4). Vgl. übrigens Leonhardt: Zur Reform II S. 153 ff.

2) a. „von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen" — also bei subjektiver (§§ 56, 57) und objektiver Klagenhäufung (§ 232) — und zwar bei sämmtlichen Arten der letzteren (vgl. § 232 Anm. 7) — nicht im Falle des § 138 (s. § 272 Anm. 3, Sarwey I S. 419, A. Förster Anm. 3a, Seuffert § 272 Anm. 3. A. M. Endemann II S. 101). Auch eine Präjudizial-Inzidentklage und Inzidentwiderklage kann durch Theilurtheil erledigt werden (so auch Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 759, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 165, 166).

b. „ein Theil eines Anspruchs" — d. h. ein solcher Theil, welcher einem quantitativ begrenzten Theile des Streitgegenstandes entspricht. Im Falle eines theilweisen Vergleichs (§ 702 Nr. 1) kann von einem Theilurtheil wegen des Restes nicht mehr die Rede sein.

c. Der dritte Fall ist der einer „erhobenen Widerklage" — nicht einer bloßen mittels Einrede geltend gemachten „Gegenforderung" (§ 293 Abs. 2); diesen Fall regelt § 274. (Vgl. auch Schollmeyer, Kompens. S. 110, 111.) Durch Zwischenurtheil kann die Widerklage nicht erledigt werden (s. Löning a. a. O. S. 138, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 49 ff.).

Ist die Gegenforderung zunächst behufs Kompensation und nur eventuell widerklagend geltend gemacht, so ist § 273 nicht anwendbar (s. OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IV S. 448).

Beispiele s. in Hellmann, Lehrb. S. 310. Ansprüche, welche nicht quantitativ neben einander bestehen, sondern sukzessiv nach einander zu erledigen sind, weil der erste die nothwendige Voraussetzung des zweiten bildet, wie z. B. der Anspruch auf Ertheilung einer Abrechnung und derjenige auf Leistung des nach dieser Abrechnung dem Kläger Zukommenden, können nicht Gegenstand eines Theilurtheils bilden (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 65). Vgl. § 232 Anm. 7 a. E.

3) — „so hat das Gericht — zu erlassen" — Die kategorische Ausdrucksweise soll (nach einer Bemerkung der Mot. und des Regierungs-Vertreters in der RTK. — Prot. S. 96) andeuten, daß die Erlassung eines Theilurtheils hier (anders als in § 274) die Regel bilde; vgl. Anm. 5. Sie kann selbstverständlich nur erfolgen, wenn wenigstens in Betreff des zu entscheidenden Theils die Verhandlung geschlossen ist (§ 281). Ein besonderer Antrag ist nicht erforderlich (abgesehen von §§ 277, 278).

In der Rechtsmittelinstanz kann ein Theilurtheil nur in der Weise ergehen, daß über das Rechtsmittel als solches nur erst zum Theil entschieden wird (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 65).

Der Kostenpunkt darf nicht übergangen werden (s. § 292). Es bedarf, wenn — wie oft — die sofortige Entscheidung unzweckmäßig ist, mindestens eines Vorbehalts (vgl. § 87 Anm. 1). [So Brettner in Busch, Zeitschr. I S. 254 ff. u. in Böbiker, Mag. V S. 291 ff., Löning a. a. O. S. 165 Anm. 217, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 18, A. Förster Anm. 5, Schulzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 239. A. M.: Siebenhaar S. 315, Kleiner II S. 148, v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 709, 710, H. Meyer in Busch Zeitschr. VII S. 289 ff., 296, Seuffert § 87 Anm. 4, welche die Entscheidung über die Kosten stets aussetzen wollen und dadurch bei strikter Anwendung des § 88 theilweise zu sehr unbilligen und unerwünschten Konsequenzen gelangen, Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 759, welcher die Entscheidung des Kostenpunkts — abgesehen von den ohne Rücksicht auf das Endergebniß des Prozesses einer Partei zur Last fallenden Kosten (vgl. z. B. §§ 90—92, 216, 309) — für unzulässig oder doch für unzweckmäßig hält, Gaupp II S. 130, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 272 bis 274 II a. E. u. Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 10, 11, welche einen stillschweigenden Vorbehalt zulassen.]

4) Selbstverständlich wird durch ein im späteren Laufe des Rechtsstreits ergehendes Versäumnißurtheil der durch das Theilurtheil erledigte Theil des Prozeßstoffs (anders als beim Zwischenurtheil) nicht berührt. Ueber Versäumnißurtheile vgl. § 312 Anm. 6.

5) Abs. 2: — „das Gericht — erachtet" — Lediglich das richterliche Ermessen ist maßgebend, welches zu prüfen hat, ob besondere Bedenken, z. B. die Beseitigung der Revisibilität wegen Wegfalls der Revisionssumme (§ 508 Anm. 4), gegen ein Theilurtheil obwalten, oder ob aus anderen Gründen die Einheitlichkeit des Endurtheils oder auch, die Erfordernisse des § 275 vorausgesetzt, der Erlaß eines Zwischenurtheils vorzuziehen ist (s. Wilm. Levy Anm. 4, A. Förster Anm. 4 a. E., Wach, Vortr. S. 84, Gaupp II S. 131, Freudenstein, Rechtskraft S. 14, 15, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 27 ff., Kompens. S. 111 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 3 u. Brettner in Böbiker, Mag. V S. 288, welche ein Zwischenurtheil hier nicht für möglich halten). Die Beschaffenheit des Falls ergiebt, ob in Folge eines (selbständig appellabeln und vollstreckbaren) Theilurtheils Verzögerungen oder Verwickelungen wegen eines zwischen dem zur Entscheidung reifen und dem noch nicht reifen Theil bestehenden engen inneren Zusammenhangs zu befürchten sind. Die Befugniß des Gerichts, in solchen oder ähnlichen Fällen von Erlassung eines Theilurtheils abzusehen, erhöht die praktische Brauchbarkeit des Instituts (s. Anm. 1). Uebrigens können die Parteien auf die gleichzeitige Verhandlung über die mehreren Theilurtheile in der Berufungsinstanz dadurch hinwirken, daß sie die Zustellung des ersten bis zur Verkündung des späteren Theilurtheils oder des Endurtheils unterlassen.

§ 274. Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen.

N. Entw. § 421. Entw. I. § 248. Entw. II. § 259. Entw. III. § 264. Mot. S. 135, 217. Prot. S. 97.

In den Fällen der §§ 278 (s. das. Anm. 3) und 318 Abs. 2 ist die Erlassung eines Theilurtheils — in dem ersteren jedoch nur auf Antrag — unbedingt vorgeschrieben. In Ehesachen gilt keine Ausnahme (RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 299). Wegen § 277 s. das. Anm. 4.

6) Wegen der Gebühren vgl. GKG. § 12, GO. f. RA. §§ 10, 25.

§ 274.

1) Hat das Gericht von der in § 136 Abs. 2 gewährten Befugniß, die nicht konnexe Gegenforderung aus dem Prozesse zu weisen, keinen Gebrauch gemacht, so kann nach der vorliegenden Bestimmung die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durch Theilurtheil (was A. Förster Anm. 3 mit Unrecht für eine redaktionelle Ungenauigkeit hält; der Ausdruck zeigt eben, daß der Prozeß nicht beendet ist) — erfolgen. Diese (mildere) Befugniß, deren Ausübung ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt ist („kann"), bezieht sich, da § 273 bereits die Widerklage umfaßt, lediglich auf die Geltendmachung mittels Einrede (wegen der Widerklage s. § 273), und zwar (wie § 136 Abs. 2) nur auf Einreden auf Grund einer nicht konnexen Gegenforderung (vgl. § 136 Anm. 2, 4, § 235 Anm. 3). Die Bestimmung, welche die Mot. als eine unabweisliche Konsequenz des in § 136 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes bezeichnen, wurde ungeachtet des Einwandes, daß sie an Stelle eines dem materiellen Recht angehörigen Erfordernisses der Kompensation richterliche Willkür setze, von der RTK. gebilligt, nachdem der Regierungs-Vertreter sie als ein passendes Mittel zur Verhütung von Verzögerungen der Rechtsverfolgung und zur Beseitigung von Kontroversen motivirt hatte.

2) „Verhandlung über die Forderung" — nicht umgekehrt; denn nur die Forderung stellt einen theilbaren Anspruch (vgl. § 273) dar, während die Einrede stets nur die Abweisung bezweckt, also unter § 275 (s. das. Anm. 1) fällt, obwohl die Entscheidung über die Gegenforderung nach § 293 Abs. 2 materiell rechtskräftig wird. (So auch RG. VI S. 422. A. M. Schollmeyer, Kompens. S. 23 Anm. 1.)

Daß die „Verhandlung" über die Forderung (anders als in § 273) hervorgehoben ist, erklärt sich aus dem Gegensatz (s. Anm. 3).

3) — „unter Trennung der Verhandlungen" — im Gegensatz der getrennten Prozesse des § 136 (keineswegs synonym, wie Seuffert Anm. 1 meint, obwohl die Gegenforderung hier, wie dort anhängig bleibt; vgl. auch OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 Nr. 317). Wird auf Grund der späteren Verhandlungen die Gegenforderung begründet befunden, so verliert insoweit das ergangene Theilurtheil materiell seine Bedeutung, wenngleich es nicht formell wieder aufgehoben werden kann. Die Verurtheilung zur Zahlung der Gegenforderung ist freilich hier, ebenso wie bei getrennten Prozessen (vgl. § 136 Anm. 5), in Ermangelung einer darauf gerichteten Widerklage unzulässig. [Die entgegengesetzte Ansicht von Seuffert Anm. 3, Hellmann II S. 124, Kleiner II S. 150, 151, Schollmeyer, Kompens. S. 136 ff. u. A. steht mit der Natur der Einrede im Widerspruch. Schepers a. a. O. S. 872 will je nach dem Sachverhalt und den Anträgen auf Erstattung oder Liberirung oder dahin erkennen, daß Forderung und Gegenforderung als kompensirt zu erachten. Vgl. auch Gaupp II S. 132, Sarwey I S. 421, Wilm. Levy Anm. 2 u. § 136 Anm. 2.] Ist das Theilurtheil bereits vollstreckt, so bleibt nur neue Klage übrig (condictio sine causa). Ist es noch nicht vollstreckt, so hilft § 686, da es sich immer um eine Einrede handelt, und zwar

§ 275. Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen.

N. Entw. § 420. Entw. I. § 249. Entw. II. § 260. Entw. III. § 265. Mot. S. 29, 30, 217, 218. Prot. S. 97.

---

nicht ihr materieller Inhalt, aber doch der Grund, auf welchem ihre gegenwärtige Geltendmachung beruht — nämlich das sie für begründet erkennende Urtheil — erst nach der in § 686 Abs. 2 bezeichneten mündlichen Verhandlung entstanden ist. (Vgl. auch Petersen §§ 272—274 II 2 und in Busch, Zeitschr. IV S. 308 ff., Gaupp I S. 387, II S. 132, 133.) Außerdem kann die judikatmäßige Hauptforderung im Wege des Arrestes gepfändet werden, wenn dessen Erfordernisse vorliegen. (Mit Rücksicht hierauf namentlich hielten die Mot. einen besonderen Schutz für die bei etwaiger Vollstreckung des Theilurtheils gefährdeten Interessen des Beklagten, wie ihn N. E. § 421 in der Befugniß des Gerichts enthielt, die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung zuzulassen, nicht für erforderlich.)

§ 275.

Literatur: Brettner: Zur Lehre vom Zwischenurtheile unter den Parteien, in Bödiker, Mag. V S. 283 ff., Hellmann, Lehrbuch S. 310 ff.

1) a. Der Hauptfall, in welchem ein „Zwischenurtheil" erlassen werden darf, ist der, wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (s. § 137 u. §§ 136, 137 Anm. 2) — im Gegensatze von Prozessen (§ 272 Abs. 2), Ansprüchen (§ 273), Theilen eines Anspruchs in quantitativem Sinne (§ 273 Anm. 2a, b), Klage oder Widerklage (§ 273 Anm. 2 c), Forderung (§ 274) — zur Entscheidung reif ist, mag die Verhandlung auf dasselbe beschränkt worden sein oder nicht (§§ 272—275 Anm. 1), und das Gericht auch nicht von § 276 Gebrauch macht. Hierher gehört z. B. die Verwerfung des Grundes einer einredeweise geltend gemachten Forderung oder der sog. Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation (RG. XI S. 389) oder die Beurtheilung des Klagegrundes vorbehaltlich gewisser Einreden (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1146) oder eines von mehreren Widerklagegründen (OLG. Zweibrücken in Busch, Zeitschr. VI S. 464 ff.). [Vgl. auch Wach I S. 290 ff., Brettner a. a. O. S. 286 ff.] Ebendahin ist wegen ihrer doppelten Natur die „Gegenforderung" (Kompensationseinrede) zu zählen, obwohl sie an sich eine Form des „Anspruchs" bildet (s. §§ 235 Anm. 1, 293 Abs. 2, 274 Anm. 2, 276 Anm. 1, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 20 ff., Kompens. S. 111, 112, Wach, Vortr. S. 84, Gaupp II S. 133). In allen diesen Fällen beschränkt sich das Zwischenurtheil auf Feststellung eines sog. Urtheils-Elements ohne unmittelbar praktisches Resultat; es begnügt sich, den Klagegrund, die Einrede ꝛc. als begründet anzuerkennen oder zu verwerfen, ohne daran — abgesehen von den Kosten (§§ 87 Anm. 1, 91 Anm. 2) — eine weitere Konsequenz zu knüpfen. Im Uebrigen s. unten Anm. 3. — Eine Ausnahme machen in dieser Beziehung die Fälle der §§ 248, 502, 562.

b. Den zweiten Fall der Zulässigkeit eines Zwischenurtheils bildet ein zur Entscheidung reifer „Zwischenstreit". Dieser Begriff ist nicht definirt. Aus den Mot. ergiebt sich, daß nicht solche Zwischenstreite gemeint sind, welche zwischen einer Partei und einem Dritten entstehen (besondere Rechtsstreite im Sinne des GKG. §§ 27, 39 — vgl. Mot. das. S. 54); von den über Streitpunkte dieser Art zu erlassenden Zwischenurtheilen handeln die §§ 68, 97, 126, 352, 367. Der § 275 setzt vielmehr einen unter den Parteien (vgl. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 93 ff.) sich bewegenden Zwischenstreit voraus. In welchen Fällen ein solcher entsteht, ist jedoch zweifelhaft. Die Mot. (S. 217) sprechen sich darüber, wie folgt, aus:

„Inwieweit unter diesen" (den Parteien) „einzelne Verhandlungen als Zwischenstreit anzuerkennen sind, läßt sich durch das Gesetz nicht absolut fixiren. Die Verhandlungen über die Edition von Urkunden werden meist den Charakter eines Zwischenstreits an sich tragen; die Verhandlungen über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden können sich ebenso wie das Verfahren, welches

die Erklärung über die Zuschiebung oder die Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieneiden zum Gegenstande hat, zu einem Zwischenstreite gestalten".

Die gemeinrechtliche Theorie von Inzidentstreitpunkten („quaestio incidens") läßt sich für den Begriff nicht verwerthen (s. Schollmeyer, Zwischenstreit S. IV ff.). Aber auch die CPO. selbst bietet keinen ganz sicheren Anhalt. Das prägnanteste Beispiel ist jeder bei der Beweisaufnahme sich erhebende Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung derselben abhängt. Diesen Streit bezeichnet das Gesetz selbst in § 331 Abs. 2 als Zwischenstreit, obwohl nicht alle unter Abs. 1 das. fallenden Streitigkeiten einer mündlichen Verhandlung bedürfen und sich somit zum Zwischenstreit eignen (s. Schollmeyer a. a. O. S. 85). Vgl. auch § 430, P. E. § 336.

Ob im Uebrigen ein Streitpunkt als Zwischenstreit zu behandeln, also nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurtheil zu erledigen ist, folgt nicht immer aus der Natur der Sache (wie bezüglich der hier nicht in Frage kommenden Zwischenstreitigkeiten mit Dritten), sondern ist vielfach Sache einer verständigen Prozeßleitung im einzelnen Falle. Dies wird von Manchen bestritten (z. B. Fitting § 38 S. 123 Anm. 5, Schollmeyer a. a. O. S. 45, Wilm. Levy Anm. 2, Hinschius im Rechtslexikon III S. 1507, Seuffert § 312 Anm. 3b usw.). Allein das richterliche Ermessen hat hier ebenso seine Stelle, wie bei der Beurtheilung, ob ein Streit zur Entscheidung, zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif ist (vgl. §§ 272 Anm. 1, 315 Abs. 2; s. auch Gaupp II S. 135). So kann z. B. durch Bestimmung eines Termins lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, zu welcher nach § 191 Abs. 2 geladen wird, der praktische Vortheil eines Versäumniß-Zwischenurtheils (welches, abgesehen von § 217 Abs. 4, nur in diesem Falle und in dem des § 430 vorkommt) gewonnen werden (s. § 312 Abs. 2 und Anm. 3, 4 dazu). Hierfür wie für die Anordnung einer Eidesleistung durch Beweisbeschluß ist die Frage nach § 426 Abs. 1 von unmittelbarem praktischen Interesse. (Vgl. Endemann I S. 461 Anm. 2, v. Bülow Anm. 1 sowie in Gruchot, Beitr. XXII S. 813 ff., Wach, Vortr. S. 88 ff., Hellmann, Lehrb. S. 316 ff., Brettner a. a. O. S. 285 ff.)

Im Allgemeinen darf man daran festhalten, daß ein das Verfahren betreffender Streit vorausgesetzt ist, von welchem dessen Fortsetzung abhängt (Schollmeyer a. a. O. S. 64 ff., Wach, Vortr. S. 88). Beispiele s. in Hellmann, Lehrb. S. 316 ff. Auch ein Streit über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gehört hierher (RG. XII S. 373). Selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel eignen sich nicht zu einem Zwischenstreit (wie Endemann II S. 104 anzunehmen scheint). Dies geht nicht allein aus dem in § 275 erkennbaren Gegensatz beider hervor, sondern folgt auch aus den Bestimmungen über die Vorbereitung von Zwischenstreiten (§ 123). [Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 36 ff., 81 ff., Wach a. a. O. S. 88 ff., Seuffert Anm. 4, Gaupp II S. 135, Wilm. Levy S. 177, 178, Petersen § 275 Nr. 3, Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 764, A. Förster Anm. 1a ꝛc. S. auch P. E. § 336, N. E. §§ 418, 483.] Nicht ausgeschlossen von dem Gebiet des Zwischenstreits sind die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, ebensowenig die Einrede unzulässiger Klagänderung (vgl. §§ 240 Anm. 7, 242 Anm. 2. A. M. Wach a. a. O.) und die prozeßhindernden Einreden. [So auch Schollmeyer a. a. O. S. 78 ff., Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 4 u. in Busch, Zeitschr. VII S. 19. A. M., wenngleich aus verschiedenen Gründen: Gaupp II S. 64, 135, Wilm. Levy § 248 Anm. 2, Wach a. a. O., Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 38 ff. Gegen Gaupp spricht, daß prozeßhindernde Einreden keine selbständigen Vertheidigungsmittel im Sinne der §§ 137, 275 sind (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2; s. auch Wach a. a. O.) Gegen Wach ist zu bemerken, daß die besondere Behandlung dieser Einreden in den §§ 247, 248 nicht erschöpfend ist und die Anwendung des § 275, sofern von § 248 kein Gebrauch gemacht wird, nicht ausschließt, sowie daß das Urtheil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird, seiner Natur nach nur Zwischenurtheil sein kann (vgl. 248 Anm. 2). Der Grund Birkmeyer's endlich, daß diese Einreden Streitpunkte vor dem Prozesse seien, ist, auch wenn man in dem Streite über die Einlassungspflicht (vgl. § 129

Anm. 1) sich auf die Seite Wach's stellt, doch keinenfalls zutreffend nach der Terminologie der CPO., welche das Vorverfahren, in dem diese Einreden verhandelt werden, als einen Abschnitt innerhalb des durch die Klageschrift anhängig gewordenen Prozesses betrachtet (vgl. § 247 Anm. 1) und das Urtheil, durch welches eine solche Einrede verworfen wird, als Zwischenurtheil ansieht (vgl. § 248 Anm. 2). Auch die „vorbereitenden Schriftsätze", welche nicht den Prozeß, sondern die mündliche Verhandlung vorbereiten (vgl. § 119 Anm. 2), bilden zweifelsohne einen Theil des Prozesses. Vgl. auch §§ 251 Anm. 1, 312 Anm. 3.]

Wesentlich ist ferner für den Begriff des Zwischenstreits, daß der Streit sich vor dem rechtskräftigen Urtheile erhebt und im Laufe des Prozesses durch Urtheil erledigt wird (Schollmeyer a. a. O. S. 66), woraus übrigens nicht (mit Birkmeyer a. a. O. S. 17 ff. u. Seuffert in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 483) zu schließen ist, daß der Streit über die Kosten nach zurückgenommener Klage (§ 243 Abs. 3) einen Zwischenstreit nicht bilde (vgl. § 243 Anm. 5). Ueberhaupt kann der Kostenpunkt sehr wohl Gegenstand eines Zwischenstreits sein (vgl. § 87 Anm. 1). Daß der Streit der Sache nach nothwendig in den Prozeß hereingehört, ist nicht erforderlich (A. M. Schollmeyer a. a. O. S. 68 ff.).

2) — „kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen" — Die Erlassung eines Zwischenurtheils konnte nicht, wie in § 273 die eines Theilurtheils, als Regel vorgeschrieben, sondern mußte dem Ermessen des Gerichts („kann") überlassen werden, da die Angemessenheit abgesonderter Entscheidung einzelner Streitpunkte nur nach der Lage des einzelnen Falles richtig zu beurtheilen ist. [Beispiele s. bei Seuffert Anm. 3, 4, Hellmann II S. 126 ff., Schepers a. a. O. S. 860.] Das Zwischenurtheil kann auch durch Eid bedingt ergehen (§ 426). Obligatorisch ist das Zwischenurtheil — abgesehen von den Zwischenstreiten zwischen einer Partei und einem Dritten — in den nicht zu den reinen Zwischenurtheilen gehörigen Fällen der §§ 248, 502, 562 (Brettner a. a. O. S. 292 nennt sie „präjudizielle Zwischenurtheile"), ferner in den Fällen der §§ 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 331, 430 (vgl. Fitting § 60 Anm. 25, S. 215), nicht auch im Falle des § 276 („kann").

Streitpunkte, welche nicht durch Zwischenurtheil, sondern nur durch Beschluß (z. B. § 46) erledigt werden können, sind ebendeshalb nicht zum Zwischenstreit geeignet (s. Schollmeyer a. a. O. S. 87 ff., Seuffert Anm. 4 u. A.). Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die mündliche Verhandlung eine obligatorische oder nur fakultative war (vgl. §§ 312 Anm. 4, 801, 802, v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 815. A. M.: Hoffmann das. XXIV S. 743 ff., Schollmeyer a. a. O. S. 90 ff., Seuffert a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 315).

3) Im Gegensatz zum Endurtheil ist das Zwischenurtheil nur vorbereitender Natur (vgl. §§ 272—275 Anm. 2). Es ist „ein antizipirter Bestandtheil der Endentscheidung" (vgl. § 426 Abs. 2), welcher daher (abgesehen von den Ausnahme-Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 502 Abs. 3, 562 Abs. 3) nur mit dieser durch Rechtsmittel angefochten werden kann (vgl. §§ 473, 510, Württ. PO. Art. 384, P. E. §§ 348, 595, Mot. z. P. E. S. 75, 77). Ein zur Hauptsache ergehendes Versäumnißurtheil kann das Zwischenurtheil folgeweise beseitigen (vgl. §§ 297 Anm. 3, 307 Anm. 1) auch in den Ausnahmefällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 502 Abs. 3, 562 Abs. 3. Auch kann der Richter, obwohl er an sein Zwischenurtheil gebunden ist, doch dasselbe nachträglich als unerheblich unbeachtet lassen (Wach, Vortr. S. 97, Schepers a. a. O. S. 870, Brettner a. a. O. S. 307). Wegen des Versäumnißzwischenurtheils s. § 312.

4) Das vom Ermessen des Gerichts abhängige, selbständig durch Rechtsmittel anfechtbare sog. Präjudizialurtheil (P. E. § 351; vgl. auch Hann. PO. § 397, Bayer. PO. Art. 190, 682, H. E. § 250) ist wegen der drohenden Gefahr einer Zersplitterung des Prozesses nicht aufgenommen. Die Mot. erachten es namentlich auch für bedenklich, dem Gerichte zu gestatten, durch ein stückweises Vorschieben des Prozeßstoffs in die Rechtsmittel-Instanz dem mit der Entscheidung des Rechtsmittels befaßten Gerichte die freie Hand in der Verhandlung der Sache zu

§ 276. Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.

Das Urtheil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.

N. Entw. § 423. Entw. I. § 250. Entw. II. § 261. Entw. III. § 266. Mot. S. 218, 219. Prot. S. 97, 98.

---

nehmen und eine bestimmte Reihenfolge in der Entscheidung der Streitpunkte aufzunöthigen (vgl. Hann. Prot. XV S. 5179—5490, XVI S. 6121—6135, Leonhardt, Lehre von der Berufung 1855. S. 16 ff., Nordd. Prot. S. 578; R. Koch in Gruchot, Beitr. IX S. 196 ff., RG. VI S. 431 u. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 380, 397). Eine Ausnahme macht § 276, weil dort in der That stets eine nothwendige Vorfrage vorliegt. (Dagegen folgt aus § 276 keineswegs die Zulässigkeit des Präjudizialurtheils überhaupt, wie Bolgiano S. 318 Anm.* annimmt.) Vgl. noch §§ 473 Anm. 1, 507 Anm. 1.

§ 276.

1) Die Trennungsbefugniß der §§ 137, 272 Abs. 2, 273—275 bezieht sich auf den vorliegenden Fall strenggenommen nicht. Indessen, wie die Zulässigkeit einer Trennung der Verhandlung über Grund und Betrag mittelbar aus § 137 zu entnehmen ist, so ergiebt sich in dem Falle, wenn das Gericht den Klagegrund für hinfällig erachtet, das Recht und die Pflicht zur sofortigen Entscheidung — ohne Liquidation des Betrags — doch aus § 272 Abs. 1. Das in diesem Falle ergehende abweisende Urtheil ist, wie auch die Entstehungsgeschichte (s. Anm. 3) ergiebt und die Mot. hervorheben, ein wahres Endurtheil. (So auch RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 243 Nr. 10, 11 u. Urth. v. 5. Febr. 1886 I 390/1885. A. M. RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 73 u. Brettner a. a. O. S. 294 ff., welche auch in diesem Falle ein Zwischenurtheil zulassen.) Der vorliegende Paragraph gestattet aber zugleich dem (erkennenden) Gericht dann, wenn es den Anspruch für begründet erklärt — d. h. nicht nur an sich begründet, sondern auch nicht durch Einreden beseitigt (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 254, Wilm. Levy Anm. 2 u. A.), diese Frage vorab durch ein Urtheil zu entscheiden, welches an sich die Natur eines Zwischenurtheils hat (s. Anm. 4), jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen mit der Besonderheit ausgestattet ist, daß es der sofortigen Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel zugänglich, und mithin eine spätere Anfechtung (mit dem eigentlichen Endurtheile — § 473) ausgeschlossen ist (daher die Bezeichnung „in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil"; vgl. § 473 Anm. 3). [Trotzdem wollen Puchelt II S. 90, Freudenstein, Rechtskraft S. 18 Anm. 2 u. Hönemann in Gruchot, Beitr. XXV S. 858 ff. die Frage des Ob als Gegenstand des Rechtsmittels gegen das den Betrag feststellende Urtheil zulassen. S. jedoch Petersen § 267 Nr. 2, Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 3, Dreyer in Gruchot, Beitr. XXVI S. 131.] Ein vorgängiger Beschluß ist sowenig erforderlich als eine abgesonderte Verhandlung, wenn die Absicht, vorab, also durch Zwischenurtheil zu entscheiden, nur erkennbar gemacht ist (RG. VIII S. 360, X S. 429 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 276, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.). Der Grund des Anspruchs kann in der Urtheilsformel durch Angabe der Thatsachen, aus denen er sich zusammensetzt, näher bestimmt und begrenzt werden (RG. XIII S. 405). Das ergehende Urtheil hat den Charakter einer Inzidentfeststellung (Förster (Eccius) I § 48 Anm. 39; vgl. auch Hellmann, Lehrb. S. 315, 316). Es ist nicht vollstreckbar und ebensowenig der materiellen Rechtskraft fähig (vgl. § 293 Anm. 3 u. unten Anm. 3; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 30, Petersen § 276 Nr. 2. A. M. Wach, Vortr. S. 110, 141, 142.)

Das Urtheil darf auch durch Eid bedingt sein (vgl. RG. VI S. 430, 431, Seuffert Anm. 2 u. in Busch, Zeitschr. VII S. 20 ff.; RG. VII S. 421 steht nicht entgegen).

Auch als Versäumnißurtheil ist ein Urtheil über den Grund der Forderung denkbar, da das Gesetz dieses Urtheil nicht als „Zwischenurtheil" bezeichnet, § 312 Abs. 2 also der An-

wendung des § 296 nicht entgegensteht (vgl. §§ 275 Anm. 1, 312 Anm. 3). [So auch RG. X S. 357, Siebenhaar S. 317, Endemann II S. 106 Anm. 4. A. M.: Sarwey I S. 424, Gaupp II S. 138, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 276 Nr. 1 u. A.]

§ 276 ist nur auf die Klage und Widerklage (vgl. hierüber Brettner a. a. O. S. 297) anwendbar, nicht auf einredeweise geltend gemachte Gegenforderungen (RG. VI S. 420, XII S. 362, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 343, Schollmeyer, Kompens. S. 112 ff., Gaupp II S. 137, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 271 Nr. 1 a. E., A. Förster Anm. 3 u. A. A. M. Endemann II S. 105).

2) Besonders praktisch ist die Bestimmung für Ansprüche auf Schadensersatz oder Leistung eines Interesse. Sie ist aber nicht hierauf (wie nach Hann. PO. § 347, H. E. § 251 2c.) beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Ansprüche, deren Grund und Betrag streitig ist, z. B. Gesellschafts- und Erbschaftsklagen (Württ. PO. Art. 357, N. E. § 423; vgl. auch Preuß. AGO. I 23 § 64); auch auf obligationes in non faciendo (A. M. Siebenhaar S. 317 Anm. **), nicht auf Streitigkeiten wegen eines einzelnen unter verschiedenen eingeklagten Rechnungsansätzen (RG. VIII S. 363), wohl aber auf Feststellungsklagen (RG. VIII S. 360).

Wegen des Vorbehalts der Schadensliquidation in der Klage vgl. § 230 Anm. 6.

3) Macht das Gericht mit Unrecht von der Befugniß des § 276 Gebrauch, so darf doch der Berufungsrichter die Berufung nicht als unzulässig verwerfen, sondern kann nur abändernd erkennen (RG. VI S. 421, 429; VIII S. 363; XIII S. 401) bzw. die Sache in die frühere Instanz zurückverweisen (§ 501).

Entscheidet das Gericht vorab über den Grund, so unterbleibt der Regel nach die Liquidation des Anspruchs bis zu eingetretener formeller Rechtskraft jener Entscheidung. Analog wie nach § 248 „kann indessen jeder Theil — denn beide Parteien mögen dabei interessirt sein — die Fortsetzung der Verhandlung über den Betrag des Anspruchs verlangen und das Gericht, wenn es dieselbe für angemessen findet, dem Antrage stattgeben" (Mot.). Vgl. § 248 Anm. 3, 4. Es wird dies (wie der Reg.-Vertreter in der RTK. hervorhob) nur dann geschehen, wenn das Gericht nach den Umständen des Falles auf Unterlassung oder auf Erfolglosigkeit der Anfechtung mit Sicherheit rechnen kann. Daß das Gleiche nicht auch (wie nach Preuß. AGO. I 13 § 40 sogar obligatorisch) dann eintreten darf, wenn der Anspruch seinem Grunde nach verworfen wird, ist durch den von der RTK. beschlossenen Zusatz „wenn der Anspruch für begründet erklärt ist" hier außer jeden Zweifel gestellt (vgl. Anm. 1 u. Mot. z. P. E. S. 78). Die Anordnung setzt eine vorgängige mündliche Verhandlung voraus. Ist dieselbe einmal erfolgt, so kann das Urtheil nicht ausgesetzt werden. Ergeht in dem Verfahren über den Grund der Forderung in letzter Instanz ein die Klage abweisendes Erkenntniß, so bedarf es nicht der Anfechtung und Aufhebung des den Betrag festsetzenden (verurtheilenden) Urtheils, welches vielmehr mit der Hinfälligkeit des Verfahrens von selbst außer Kraft tritt. (Vgl. § 248 Anm. 4 a. E., RG. V S. 422, Wilm. Levy Anm. 3 a. E., H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 342. A. M. Hönemann in Gruchot, Beitr. XXV S. 858 ff.). Hinsichtlich der Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz durch das Berufungsgericht s. § 500 Nr. 3.

4) Die eigentliche Sachverhandlung ist trotz des vorangegangenen Urtheils über den Grund doch immer die über den Betrag des Anspruchs; daher kann bei dieser noch ein Versäumnißurtheil ergehen, welches die in Betreff des Grundes ergangene günstige Entscheidung im Resultate wieder beseitigt (§§ 248 Anm. 4 a. E., 307 Anm. 1, 312 Anm. 2. A. M.: H. Meyer a. a. O., Wach, Vortr. S. 142). Aus demselben Grunde ist die Urtheilsformel korrekt: „Der Anspruch wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt", nicht eine Verurtheilung des Beklagten zum Schadensersatz dem Grunde nach (H. Meyer, Prot. u. Urth. S. 46).

5) Die Entscheidung über die Kosten ist dem Endurtheil vorzubehalten; § 87 ist unanwendbar (RG. XIII S. 390, in Seuffert, Arch. 39 Nr. 252 und in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1094, 1131, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 251).

§ 277. Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

N. Entw. § 374. Entw. I. § 251. Entw. II. § 262. Entw. III. § 267. Mot. S. 219. Prot. S. 98, 99.

---

§ 277.

1) „Verzichtet der Kläger auf den geltend gemachten Anspruch" — Der Gegensatz ist die bloße Zurücknahme der Klage (§ 243). Der Verzicht ist ein wirklicher Dispositionsakt, wie das gerichtliche Geständniß (§§ 261—263 Anm. 1). Zu seiner Wirksamkeit gehört daher, daß der Gegenstand der Verfügung des Erklärenden unterliegt (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 383 ff., 422). Dieselbe tritt sogleich mit der Erklärung ein, indem der Verzicht, abgesehen von dem Kostenpunkt, jede richterliche Kognition ausschließt. Annahme seitens des Gegners oder auch nur dessen Anwesenheit ist nicht erforderlich (s. §§ 475, 529; alle Komm., Schollmeyer, Zwischenstreit S. 25 u. A. A. M. v. Canstein in Busch, Zeitschr. I S. 329). Auch vor dem Antrag auf Abweisung (s. Anm. 3) kann der Verzicht nicht mehr einseitig zurückgenommen werden. [Vgl. Wach im civ. Arch. 64 S. 243 ff., Seuffert Anm. 2 u. A. gegen Demelius: Die confessio S. 240 u. v. Canstein a. a. O. S. 331.]

Versäumung der Verhandlung wirkt wie Verzicht (§ 295), wenngleich nur provisorisch.

2) — „bei der mündlichen Verhandlung" — Außergerichtliche oder in Schriftsätzen niedergelegte Verzichte bedürfen nach dem Prinzip der Mündlichkeit erst der Feststellung vor dem erkennenden Richter, welche jedoch nicht ausschließlich durch das Protokoll (§ 146 Nr. 1) zu erfolgen braucht (RG. X S. 366); ohne diese sind sie nur Beweismittel. (Vgl. Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 237.)

Eine besondere Vollmacht zur Verzichtleistung ist nicht erforderlich (§ 77). Die Vollmacht kann aber in dieser Beziehung beschränkt werden (§ 79 Abs. 1). Ueber die Befugniß gesetzlicher Vertreter s. § 52 Anm. 1.

Der Verzicht kann ohne Einwilligung des Beklagten nicht blos wie die Zurücknahme der Klage bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache (§ 243), sondern in jeder Lage des Rechtsstreits, und zwar wie jene noch in den höheren Instanzen, erfolgen, selbstverständlich unbeschadet der vom Beklagten durch Erhebung einer Widerklage etwa erworbenen Rechte.

3) Während die preußische Praxis sich mit der Feststellung des Verzichts, wie bei bloßer Litisrenunziation, begnügte, soll nach der CPO. auf Antrag die Abweisung des Klägers ausgesprochen werden, wodurch dem Gegner nicht nur der Anspruch auf Kostenerstattung (§ 98), sondern auch der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache gewahrt wird. Unterlassung des Antrags ist keineswegs als Verzicht auf den Verzicht aufzufassen (s. Wach a. a. O. S. 245). Das Erforderniß des Antrags ist übrigens durchaus nicht (mit Dernburg I S. 180 Anm. 13) analog beim Verzicht auf Einreden, Repliken 2c. anzuwenden.

Gegen das Urtheil — welches materiell lediglich deklarativ ist (Wach a. a. O. S. 244) — sind die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig, dieselben berühren aber selbstverständlich nicht die materielle Wirkung des Verzichts und betreffen mithin wesentlich nur die Frage, ob das Gericht mit Recht einen Verzicht als vorhanden angenommen bzw. nicht angenommen hat. Vgl. § 278 Anm. 4.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 21 sowie §§ 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 101 in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881, Mot. z. GO. f. RA. S. 38.

4) Bei theilweiser Verzichtleistung ist auf Antrag ein Theilurtheil zu erlassen (Württ. PO. Art. 354 Abs. 3). Zur Anwendung des § 273 Abs. 2 liegt in solchen Fällen niemals Veranlassung vor; das Theilurtheil ist vielmehr stets zu erlassen, selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Verzicht unzweifelhaft festgestellt ist (vgl. § 273 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 3, A. Förster Anm. 4, Gaupp II S. 131, 141, Petersen §§ 277, 278 Nr. 1, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M.: Endemann II S. 107, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 163 Anm. 213).

§ 278. Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen.

N. Entw. § 375. Entw. I. § 252. Entw. II. § 263. Entw. III. § 268. Mot. S. 219. Prot. S. 98, 99.

---

§ 278.

Literatur: Wetzell S. 116, 117, Renaud S. 276, Demelius: Die confessio. Graz, 1880. S. 229 ff., Wach im civ. Arch. 64 S. 246 ff., v. Canstein in Busch, Zeitschr. I S. 257 ff., 325 ff., Hellmann, Lehrb. S. 262 ff., Kroll, Klage u. Einr. S. 253, 254.

1) Die Aufnahme dieser Bestimmung beruht auf ähnlichen Gründen wie die des § 277. Es tritt aber noch der Vortheil eines klaren vollstreckbaren Titels hinzu (vgl. § 648 Nr. 1). — Das gerichtliche „Anerkenntniß" ist Dispositionsakt wie das Geständniß. Das unterscheidende Merkmal liegt aber darin, daß es sich nicht auf einzelne Thatsachen (vgl. §§ 261—263 Anm. 1), auch nicht auf einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (vgl. das. Anm. 2), sondern auf den geltend gemachten Anspruch richtet, also eine Unterwerfung unter den gegnerischen Antrag (Sachbitte) des Klägers bzw. Widerklägers unmittelbar enthält. (S. auch d. Urth. in Busch, Zeitschr. VIII S. 180, 181.) Anerkennung einer Gegenforderung (Kompensationseinrede) hat nicht die gleiche Wirkung (so auch Hellmann, Lehrb. S. 263. A. M. Dernburg I § 81 Anm. 6, S. 169) und ebensowenig die eines „Rechtsverhältnisses", wenngleich der Anerkennung eines solchen die bindende Kraft nach bürgerlichem Recht nicht zu versagen ist (vgl. §§ 261—263 Anm. 2. A. M. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 382 Anm. 189, welcher mit Unrecht meint, daß es sich auch beim Streit um die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, die Prozeßfähigkeit und andere von Amtswegen zu beachtende Punkte um die Geltendmachung eines Anspruchs handle). Von der römischen confessio in jure bleibt der Unterschied, daß die urtheilsmäßige Feststellung erforderlich ist, um die Vollstreckung herbeizuführen (s. Demelius a. a. O. S. 232, Wach I S. 190 Anm. 2). Auch der Anerkennende unterliegt danach in anderem Sinne als der „confessus in jure" der „Defensionspflicht" (Demelius a. a. O. S. 230 Anm. 1). Annahme ist nicht erforderlich (vgl. § 261 Abs. 2) und nicht einmal Gegenwart des Gegners (s. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 25 Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 265 gegen v. Canstein a. a. O. S. 329). Aus der Einseitigkeit folgt aber nicht, daß das Anerkenntniß ohne Zustimmung des Gegners widerrufen werden kann (s. Hellmann a. a. O. S. 266, Seuffert Anm. 2b u. A. A. M. Demelius a. a. O. S. 236 ff.). Vgl. Anm. 4 a. E., § 277 Anm. 1.

In Ehesachen und Entmündigungssachen, wie überhaupt in den der Verfügung der Parteien nicht unterworfenen Sachen (vgl. Wilm. Levy Anm. 1 a. E., A. Förster Anm. 5), ist das Anerkenntniß ebenso unwirksam wie das gerichtliche Geständniß (s. §§ 261—263 Anm. 1, 277 Anm. 1, Birkmeyer a. a. O. S. 378 ff.).

2) Die Bemerkungen unter 2 zu § 277 gelten auch hier.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 21 sowie §§ 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 101 in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881 und Mot. z. GO. f. RA. S. 38.

3) — „auf Antrag" — Ein besonderer, auf das Anerkenntniß gegründeter Antrag ist vorausgesetzt (s. RG. III S. 200, 201). Die Unterlassung des Antrags enthält auch hier keinen Verzicht auf die bindende Wirkung des Dispositionsakts (wie Demelius a. a. O. S. 239 annimmt; s. dagegen Hellmann, Lehrb. S. 264).

Daß bei theilweisem Anerkenntniß ein Theilurtheil auf Antrag erlassen werden muß, ist nach den Worten „oder zum Theil" in Verbindung mit „dem Anerkenntnisse gemäß" unzweifelhaft (s. §§ 273 Anm. 5, 277 Anm. 4, Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2, v. Canstein a. a. O. S. 326, Wach, Vortr. S. 84, Kroll a. a. O. S. 253 u. A. A. M. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 163 Anm. 213).

4) Gegen das (vorläufig vollstreckbare — § 648 Nr. 1) Urtheil sind zwar die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig (während nach Preuß. Recht die sog. Agnitions-Resolution nur durch

§ 279. Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

N. Entw. § 424. Entw. I. § 252. Entw. II. § 264. Entw. III. § 269. Mot. S. 219, 220. Prot. S. 99–101.

Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde angreifbar war); dieselben berühren jedoch selbstverständlich nicht die materielle Wirkung des Dispositionsakts, welcher allerdings vor dem Urtheil auf Grund von Mängeln des Willens oder der Erklärung oder der Uebereinstimmung beider angefochten werden kann (vgl. Wilm. Levy Anm. 1). § 263 ist hier nicht anwendbar (wie Petersen §§ 277, 278 Nr. 2, Hellmann, Lehrb. S. 266, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1 und v. Canstein a. a. O. S. 332 gegen Puchelt II S. 92 mit Recht hervorheben).

5) Ein Anerkenntniß vor einem beauftragten oder ersuchten Richter rechtfertigt ein Anerkenntnißurtheil auch dann nicht, wenn Jener, wie in den Fällen der §§ 268, 315 Nr. 2 zur Entgegennahme der betreffenden Erklärung zuständig war. Dagegen spricht nicht nur der Wortlaut des § 278 „bei der mündlichen Verhandlung", sondern auch ein argumentum e contrario aus § 261 Abs. 2 bezüglich des Geständnisses und der Umstand, daß über ein solches Anerkenntniß bei der mündlichen Verhandlung nachträglich Differenzen entstehen können. Dasselbe ist daher gleich dem in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegebenen als ein außergerichtliches zu behandeln (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 264 ff.).

§ 279.

1) Das Gericht muß alle Ansprüche der Parteien, welche in dem Prozesse geltend gemacht (rechtshängig geworden — § 235 Anm. 1) sind [auch die, wenn gleich nur stillschweigend darin enthaltenen — quantitativ oder qualitativ — eventuellen (RG. II S. 56, Brettner in Böbiker, Mag. IV S. 285 ff.)] erledigen (s. § 292), darf aber nicht darüber hinaus (ultra petita) erkennen, wobei der Antrag — nicht die thatsächliche Begründung — maßgebend ist (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 156). Dies folgt aus der Verhandlungs-Maxime. Ist z. B. nur die Ehescheidungsklage angestellt, so darf nicht auf Ungültigkeit der Ehe erkannt werden (RG. IX S. 193, XI S. 354 u. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 156). — Der Satz bezieht sich auch auf Beschlüsse des Gerichts (z. B. im Kostenfestsetzungsverfahren).

Daß der Satz auch bezüglich der Früchte, Zinsen und anderen Nebenforderungen (§ 4 Anm. 3) gelte, es also auch hinsichtlich ihrer spätestens eines vor Erlassung des Urtheils in der mündlichen Verhandlung zu stellenden Antrags bedürfe (vgl. §§ 240 Nr. 2, 3; 251, 253, 269, 284 Nr. 3), ist mit Rücksicht auf die abweichenden Bestimmungen der Preuß. AGO. I 23 §§ 58—62 hervorgehoben. Ist wegen derselben kein Antrag gestellt, so gelten sie weder stillschweigend als aberkannt (vgl. EG. z. CPO. § 14 Nr. 5), noch ist ein Ergänzungsantrag zulässig (§ 292 Anm. 1, Gaupp II S. 144). Ob eine solche Nebenforderung später noch selbständig geltend gemacht werden darf, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. (So auch Endemann II S. 110, Petersen § 279 Nr. 1, Wilm. Levy § 292 Anm. 3 u. A. A. M.: Mandry S. 254 Anm. 15, welcher den Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Nebenrechten bzw. Verpflichtungen durch den allegirten § 14 Nr. 5 überhaupt für aufgehoben ansieht, Ruhstrat im civ. Arch. 65 S. 277 ff., Hellmann, Lehrb. S. 290, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 93.) [Vgl. Windscheid, Pand. I § 130 Anm. 24, II § 259 a. E.; Eccius: Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen (1876), RG. I S. 349 u. in Jur. Wochenschr. 1881 S. 172, ROHG. 21 S. 320, Dernburg II § 38 S. 94, Förster (Eccius) I § 68 S. 458 ꝛc.]

Hinsichtlich der sog. judicia duplicia, insbesondere der Theilungsklagen bewendet es ebenfalls bei dem bürgerlichen Recht, welches sich hier von dem Verfahren nicht trennen läßt.

§ 280. Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

N. Entw. § 341. Entw. I. § 255. Entw. II. § 265. Entw. III. § 270. Mot. S. 220. Prot. S. 101.

(So auch Dernburg, Pand. I § 132, Bolgiano S. 317 Anm. 4a, A. Förster Anm. 2. A. M.: Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, soweit ein Rechtsstreit im Sinne der CPO. vorliegt, und ebenso Petersen § 279 Nr. 1, Kroll a. a. O. S. 39 Anm. 40.)

Wegen der Moratorien und Urtheilsfristen s. EG. z. CPO. § 14 Nr. 4.

§ 279 verbietet übrigens nur das Zusprechen ultra petita; ein Antrag auf Abweisung ist nicht erforderlich (s. § 296 Abs. 2).

2) Ein Urtheil, welches ultra petita erkannt hat, ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht ipso iure nichtig, sondern nur mittels Berufung bzw. Revision anfechtbar (Siebenhaar S. 478 Anm. * u. A.).

3) Abs. 2: Die Ausnahme hinsichtlich der Prozeßkosten rechtfertigt sich durch deren besondere Natur als einer unmittelbar an den Prozeß geknüpften Verbindlichkeit (vgl. § 87 Anm. 1). Die Konsequenz fordert, daß, wenn ein Antrag bezüglich der Kosten gestellt ist, der Richter auch über denselben hinausgehen darf (A. M. Brettner a. a. O. S. 287).

Wegen der eventuellen Ergänzung des Urtheils s. § 292.

4) Ein Antrag auf Aufnahme eines im Wesentlichen dem Art. 133 des Code de proc. nachgebildeten Zusatzes (vgl. auch Bayer. PO. Art. 112, 144) wurde hauptsächlich deshalb bekämpft, weil dem Bedürfnisse durch die §§ 77 a. E., 114, 115 bereits genügt sei und die sog. Kosten-Distraktion mit dem franz. Civilrecht (Code civ. art. 1166) zusammenhänge, und darauf von der RTK. abgelehnt. Den Rechtsanwälten dürfen also keine Kosten zuerkannt werden.

§ 280.

1) Der § 280 enthält nur eine nothwendige und unverzichtbare (RG. VI S. 194) Konsequenz des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit (§ 119). Ist einer derjenigen Richter, welche der Verhandlung beigewohnt haben, dauernd verhindert, an der Urtheilsfällung Theil zu nehmen, so muß eine Wiederholung der Verhandlung stattfinden (§ 119 Anm. 3 a. E., § 142). — Wegen der Ergänzungsrichter s. GVG. § 194 Abs. 2.

2) — „zu Grunde liegenden" — Auf Verhandlungen über andere Punkte, z. B. Zwischenstreitigkeiten, welche in dem betreffenden Urtheile nicht entschieden werden sollen, vielmehr nach zuvoriger Trennung der Verhandlung durch Zwischenurtheil (§ 275) bereits in bindender Weise erledigt worden sind, kommt es nicht an.

„Verhandlung" — Dahin gehört nicht eine Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (vgl. § 430 Anm. 2), wohl aber die Beweiserhebung vor dem Prozeßgerichte (vgl. § 258 Anm. 4, RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 8 S. 393).

3) Der § 280 findet auch auf Beschlüsse des Gerichts, soweit dieselben auf mündliche Verhandlung ergehen, Anwendung (§ 294 Abs. 2). Andrerseits ist es nicht erforderlich, daß die erkennenden Richter mit denjenigen identisch sind, welche vorangegangene Beschlüsse, z. B. Beweisbeschlüsse gefaßt haben; diese werden durch einen Wechsel in dem Richterpersonal an sich nicht unwirksam (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 2).

4) Aus dem Ausdruck „gefällt", welcher den Gegensatz gegen „verkündet" (§§ 281—283) bildet, geht deutlich hervor, daß die Vorschrift des § 280 sich nur auf die Abfassung, nicht — wie nach französischem Recht und Bayer. PO. Art. 277 Abs. 3 — auch auf die Verkündung des Urtheils bezieht.

> „Wenn auch erst die Verkündung das Urtheil für das Gericht unabänderlich macht und zur rechtlichen Existenz nach Außen hin bringt, so daß bis zu diesem Zeitpunkte jeder Richter von seinem Votum zurücktreten kann, so bleibt die Verkündung doch ein äußerliches Moment; das Urtheil kommt als solches mit der Abfassung zu Stande und besteht von da ab als ein rechtlicher Akt, dessen Rechtsbeständigkeit und Verkündbarkeit durch das

§ 281. Die Verkündung des Urtheils erfolgt in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll.

N. Entw. § 426. Entw. I. § 256. Entw. II. § 266. Entw. III. § 271. Mot. S. 220, 221. Prot. S. 101, 102.

§ 282. Die Verkündung des Urtheils erfolgt durch Vorlesung der Urtheilsformel. Versäumnißurtheile können verkündet werden, auch wenn die Urtheilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist.

Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen Inhalts.

N. Entw. § 346. Entw. I. § 257. Entw. II. § 267. Entw. III. § 272. Mot. S. 221. Prot. S. 102, 103.

Ausscheiden eines betheiligten Richters nicht alterirt wird. Dafür aber, daß kein anderes als das wirklich beschlossene Urtheil publizirt wird, muß unter allen Umständen die Autorität des publizirenden Gerichts als genügende Bürgschaft gelten" (Mot. S. 220).

Vgl. auch Nordd. Prot. S. 588, 589, Wach I S. 325 Anm. 10. Anders in Strafsachen (s. StrPO. § 225, RG. i. StrS. III S. 116).

5) Ueber die Berathung und Abstimmung der Richter s. GVG. §§ 194 ff.

§ 281.

1) — „welcher — angesetzt werden soll" — Dieser Satz enthält, wie der Ausdruck „soll" ergiebt, nur eine Anweisung, durch welche nicht ausgeschlossen ist, daß das Gericht die Urtheilsverkündung weiter hinaussetzt, wenn die Umstände des einzelnen Falls, insbesondere große Schwierigkeit und Komplizirtheit der Entscheidung, dies ausnahmsweise als nothwendig erscheinen lassen. In der RTK. ist dieses bei der Verhandlung über — später abgelehnte — Anträge, welche die Streichung oder Einschränkung des Satzes bezweckten, von deren Gegnern ausdrücklich anerkannt und von keiner Seite bezweifelt worden.

Eine besondere Bestimmung für den Fall der Unterbrechung enthält § 226 Abs. 3.

2) Der § 281 findet auch auf Beschlüsse des Gerichts, soweit dieselben auf mündliche Verhandlung ergehen, Anwendung (§ 294 Abs. 2).

§ 282.

1) Bei Verkündung des Urtheils wird unterschieden zwischen der Urtheilsformel (§ 284 Nr. 5) und den Entscheidungsgründen (§ 284 Nr. 4). Die Verkündung der Urtheilsformel ist nothwendig und muß — abgesehen von Versäumnißurtheilen (§§ 295 ff.) — durch Vorlesung erfolgen, was eine vorgängige genaue schriftliche Abfassung derselben durch das Gericht voraussetzt und damit eine Garantie für die Uebereinstimmung mit dem später in vollständiger Form abgefaßten und auf Antrag auszufertigenden Urtheile gewährt. Die Verletzung ist aber nicht immer Revisionsgrund („beruht" — s. RG. i. StrS. III S. 131). Die Verkündung der Entscheidungsgründe hängt von dem Ermessen des Gerichts ab (anders StrPO. § 267 Abs. 1) und kann, wenn sie erfolgt, gleichfalls nach dem Ermessen des Gerichts, entweder durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen Inhalts erfolgen. Die Vorschrift der StrPO. § 267 Abs. 2, daß, wenn die Verkündung des Urtheils ausgesetzt war, die Urtheilsgründe vor derselben schriftlich festzustellen sind, gilt für die CPO. nicht. Vgl. auch Hann. Prot. V S. 1674—1676, Nordd. Prot. S. 587. Der Thatbestand ist niemals zu verkünden.

Die Verkündung selbst geschieht durch den Vorsitzenden (§ 127 Abs. 4); jedoch kann derselbe die — nicht wesentliche — Verkündung der Gründe auch einem der beisitzenden Richter übertragen. Wegen der Beurkundung s. §§ 146 Nr. 6, 286 Abs. 3.

2) Die Vorschriften des § 282 finden, da derselbe in § 294 Abs. 2 nicht angeführt ist, auf die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts keine Anwendung

§ 283. Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urtheils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin versäumt hat.

Die Befugniß einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urtheil in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes bestimmt.

N. Entw. §§ 339, 347. Entw. I. § 258. Entw. II. § 268. Entw. III. § 273. Mot. S. 221, 222. Prot. S. 103.

§ 284. Das Urtheil enthält:

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;

(§ 294 Abs. 1); insbesondere ist eine vorgängige schriftliche Abfassung und Verlesung des Tenors der Beschlüsse nicht erforderlich. (So Gaupp II S. 153, Hellmann II S. 144, Wilm. Levy Anm. 2, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.)

§ 283.

1) Abs. 1: Das Urtheil gewinnt nach außen hin, also insbesondere für die Parteien, erst durch die Verkündung rechtliche Existenz. Vgl. auch §§ 280 Anm. 4, 288 Abs. 2, 289. Diese Wirksamkeit ist von der Anwesenheit der Parteien in dem betreffenden Termine unabhängig. Die Verkündung, welche sich an jede mündliche Verhandlung anschließen muß — und wäre es auch nur die Verkündung eines späteren Verkündungstermins — erfolgt wirksam auch in Abwesenheit beider Parteien, es sei denn, daß ein Ruhen des Verfahrens (§ 228) vereinbart und zur Kenntniß des Gerichts gebracht wäre. Die Parteien haben die Verpflichtung, die Verkündung abzuwarten oder sich demnächst nach dem Inhalte derselben zu erkundigen.

2) Abs. 2: Als Regel gilt, daß eine Zustellung neben der Verkündung nicht erforderlich ist. Insbesondere bedarf es für die Fortsetzung des Verfahrens in derselben Instanz, namentlich für alle prozeßleitenden Verfügungen, Beweisbeschlüsse, Zwischenurtheile, einer Zustellung nicht. Der französisch-rechtliche Grundsatz der „Desaisirung" des Gerichts hat keine Aufnahme gefunden (s. oben S. 166 unter 1, IIa). Dagegen ist als Ausnahme bezüglich der Endurtheile (§§ 272, 273) für den Beginn des Laufs der Nothfristen (§§ 304, 477, 514, 540) sowie der Frist für die Ergänzung (§ 292) und für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 671 Abs. 1) die Zustellung vorgeschrieben. Vgl. Nordd. Prot. S. 603. Eine Ausnahme bildet auch der Schiedsspruch (§ 865). Hinsichtlich des Ausschlußurtheils s. § 833. — Insoweit eine Zustellung erforderlich, erfolgt sie auf Betreiben der Parteien (§ 288 Abs. 1). Wegen der Ausnahmen s. § 288 Anm. 1.

Auch für die Einwirkung auf das materielle Recht genügt die Verkündung, weil hiermit das Urtheil unabänderlich geworden ist (vgl. Förster (Eccius) I § 55 S. 307 ff., Koch, ALR. II 1 § 731. A. M. Dernburg I § 134 S. 301 ff.).

— „das Verfahren fortzusetzen" — z. B. durch Einlegung des Einspruchs (s. § 304 Anm. 1).

— „von dem Urtheil in anderer Weise Gebrauch zu machen" — z. B. im Falle des § 98 (s. das. Anm. 1, S. 110), des § 248 Abs. 2 (vgl. Hellmann II S. 146), oder um einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung zu erwirken, oder im Gebiete des französischen Rechts die Einschreibung der gerichtlichen Hypothek (Code civ. art. 2123). [Vgl. Puchelt II S. 98.]

3) Der gesammte Inhalt des § 283 findet auf verkündete Beschlüsse und Verfügungen entsprechende Anwendung (§ 294 Abs. 2).

§ 284.

1) Ueber eine Eingangsformel und eine Schlußformel („Von Rechtswegen") ist nichts bestimmt. Dieselbe kann reglementarisch angeordnet werden (vgl. Endemann II S. 117 Anm. 8). In

2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
4. die Entscheidungsgründe;
5. die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

N. Entw. §§ 348, 350 Abs. 1. Entw. I. § 259. Entw. II. § 269. Entw. III. § 274. Mot. S. 23, 24, 222. Prot. S. 103, 543, 544.

Preußen tragen die Ausfertigungen (§ 288) die Eingangsformel: „Im Namen des Königs" (s. Verf.Urk. Art. 86 Abs. 2), beim Reichsgericht: „Im Namen des Reichs" (Gesch.Ord. d. RG. v. 2. April 1880 § 17 — Centralbl. f. d. D. Reich S. 190).

Nr. 1: vgl. §§ 121 Nr. 1, 145 Nr. 4, 230 Nr. 1.

„Parteien" — die ursprünglichen, wie die später an deren Stelle getretenen oder hinzugetretenen (§§ 72, 73, 217 ff., 236, 237; vgl. Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 2, Hellmann II S. 147); auch die Nebenparteien. Wegen genauer Angabe der Namen der Parteien s. für Preußen Allg. Verf. d. Just.Min. v. 17. Dez. 1883 (JMBl. S. 363).

Die Worte „und ihrer gesetzlichen Vertreter" (vgl. § 50) sind von der RTK. eingeschaltet. Dagegen wurde der Antrag, auch die „Bevollmächtigten" hinzuzufügen, abgelehnt. Indessen ist die Bezeichnung der Letzteren zweckmäßig und in Preußen, Bayern und Sachsen reglementarisch angeordnet (vgl. Verf. d. preuß. Just.Min. v. 13. Mai 1882 — JMBl. S. 135, Seuffert Anm. 2).

2) Nr. 2: vgl. §§ 121 Nr. 1, 145 Nr. 2, 230 Nr. 1, 280, 286. Haben andere Richter bei der Entscheidung als bei der Verkündung mitgewirkt, so sind nur die Namen der Ersteren in das Urtheil aufzunehmen. Die Namen der Letzteren ergeben sich aus dem Sitzungsprotokoll (vgl. §§ 145 Nr. 2, 146 Nr. 6, 280 Anm. 4), da § 145 schon mit Rücksicht auf § 146 Nr. 6 hier entsprechend anzuwenden ist (vgl. auch § 151 Anm. 1, Petersen §§ 284, 285 II 1, Seuffert Anm. 3 rc. A. M. Hellmann II S. 148); desgleichen der des Gerichtsschreibers (vgl. § 286 Anm. 4). Die Vorschrift ist wesentlich wie die übrigen des § 284 (A. M. Heilbut im civ. Arch. 69 S. 373).

Den Tag der Verkündung des Urtheils hat nach § 286 Abs. 3 der Gerichtsschreiber auf dem Urtheile zu bemerken und zwar auf dem nach § 286 Abs. 2 vollständig abgefaßten Urtheil (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 263, Hellmann II S. 250; vgl. auch Gaupp II S. 150); ein Antrag, die Bezeichnung dieses Tages in dem Urtheile selbst unter Nr. 2 des § 284 vorzuschreiben, wurde von der RTK. abgelehnt. Ebensowenig gehört die Angabe des völlig gleichgültigen Tages der Beschlußfassung in das Urtheil.

3) Nr. 3: Zur Literatur vgl. v. Streich: Die Darstellung des Thatbestandes, in Gruchot, Beitr. XXV S. 237 ff.; v. Bülow (Halle): Zur Lehre vom Thatbestande, in Busch, Zeitschr. IV S. 333 ff., Brückner das. V S. 409 ff., Wach, Vortr. S. 34 ff., Brettschneider in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Bd. 28 S. 353 ff., Wengler: Der Thatbestand des Civilurtheils. Erlangen 1884. Wegen der einschlagenden Praxis des RG. vgl. Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 87 ff., Bähr, Urth. S. 207 ff.; derselbe: D. Deutsche Civilprozeß usw. S. 79 ff., und: Noch ein Wort z. Deutschen Civilprozeß. Jena 1886. S. 25, 42 ff.; Rocholl, Rechtsf. I S. 486 ff. (Abdruck aus Jur. Wochenschr. 1882 S. 115 ff.) Speziell gegen Bähr s. Wach: D. CPO. u. d. Praxis. Leipzig 1886 S. 39 ff., Francke in Busch, Zeitschr. IX S. 516 ff., Lippmann im civ. Arch. 70 S. 111 ff.

Der Thatbestand des Urtheils ist das Hauptbeurkundungsmittel im mündlichen Verfahren.

Das Sitzungsprotokoll (§ 146) und noch mehr die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 120 ff.) haben neben ihm nur beschränkte Bedeutung. Vgl. § 119 Anm. 2. Derselbe ist im Gegensatz zu dem auch in der Bayer. PO. (Art. 285 ff.) adoptirten Qualitätensystem des französischen Rechts gleich den übrigen Theilen des Urtheils von dem Gerichte, also nöthigenfalls auf Grund besonderen Kollegialbeschlusses, abzufassen. Die Grundlage desselben bilden — dem Prinzip der Mündlichkeit entsprechend — die mündlichen Parteivorträge (vgl. § 119). Sein Inhalt hat sich auf die vorgebrachten Thatsachen (einschließlich des thatsächlichen Materials der Beweisaufnahme im Gegensatz zu der Würdigung des Ergebnisses [A. M. v. Bülow a. a. O., welcher die Beweisaufnahmeverhandlungen, auf welche § 285 sich allerdings nicht bezieht (vgl. § 285 Anm. 1), unter mißverständlicher Auffassung des Ausdrucks „auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien" auch hier ausschließt, Rocholl a. a. O. S. 519 ff., Koffka in Gruchot, Beitr. XXV S. 275 ff.; vgl. dagegen Bünger in Busch, Zeitschr. IV S. 365 ff., Streich a. a. O. S. 247, Möller in Gruchot, Beitr. XXVI S. 192 ff., Wengler a. a. O. S. 58 ff., 106 Anm. 29 u. A.; Hann. PO. § 356] und die gestellten Anträge (vgl. RG. IV S. 428, Wengler a. a. O. S. 93. A. M. Rocholl a. a. O. S. 518) zu beschränken. Die Bezugnahme auf Beweismittel enthält noch keine solche auf die unter Beweis gestellten Thatsachen [s. RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1111]. Die Bezugnahme auf Vorakten ersetzt nicht die erforderliche Darstellung des in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Materials (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 250). Rechtsausführungen gehören nicht in den Thatbestand; dagegen ist eine kurze Andeutung der streitigen rechtlichen Gesichtspunkte nicht ausgeschlossen. (So auch Gaupp II S. 156, Streich a. a. O. S. 242, Wengler a. a. O. S. 50 ff. u. A. A. M. Siebenhaar S. 322.) Die Darstellung des Thatbestandes wird nach Abs. 2 erleichtert (vgl. Wach: D. CPO. u. d. Praxis S. 47).

Die „Darstellung des Sach- und Streitstandes" hat, wie schon dieser Ausdruck andeutet, nicht blos dasjenige thatsächliche Vorbringen zu enthalten, welches für die abzugebende Entscheidung nach der Auffassung des Richters erheblich (sog. Entscheidungsthatbestand), sondern auch dasjenige, welches nicht von unmittelbarem Interesse ist (sog. Prozeßthatbestand), weil es bei einer abweichenden Auffassung des höheren Richters möglicherweise Bedeutung gewinnen kann, und alsdann das Urtheil als Beweismittel dafür dient, daß das betreffende Vorbringen Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist (§ 285). [Vgl. Leonhardt: Zur Reform I S. 58 ff., Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 4, A. Förster Anm. 4b, Wengler a. a. O. S. 38 ff., Petersen §§ 284, 285 II 2, Endemann II S. 117 ff., Sarwey I S. 431 ff. u. A. A. M. v. Krämel in Busch, Zeitschr. IV S. 243 ff., VI S. 183 ff.] Der Thatbestand des Berufungsurtheils muß insbesondere erkennbar machen, ob und wieweit die Verhandlungen, namentlich auch die Beweisaufnahme erster Instanz, dem Berufungsrichter vorgetragen sind (RG. im Preuß. JMBl. 1885 S. 154).

Auch von Amtswegen zu beachtende Punkte gehören in den Thatbestand (H. Meyer, Prot. u. Urth. S. 62. A. M. Pütter, Urth. usw. S. 17).

Ueber die Frage, ob der Mangel des Thatbestandes einen Revisionsgrund bildet, vgl. § 513 Anm. 10 u. RG. II S. 143, 404 u. 421, IV S. 188, 428, 431, VI S. 350, X S. 74, Bierhaus a. a. O. S. 88, 89. Ein perplexer Thatbestand ist gar keiner (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1143), und ein mangelhafter kann selbst von Amtswegen in der Revisionsinstanz vernichtet werden (RG. II S. 404. A. M. Bähr, Urth. S. 230 ff., 236, dem wiederum Wengler a. a. O. S. 21 ff. entgegentritt). Auch der Berufungsrichter kann bei mangelhaftem Thatbestand die Sache an die vorige Instanz zurückverweisen (§ 501 Anm. 1, 2, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 507). Ueber Widerspruch zwischen Thatbestand und Gründen als Revisionsgrund s. RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1114, Bähr a. a. O. S. 233. [Sehr bedenklich ist die Ansicht des RG. II S. 402, wonach einem in den Entscheidungsgründen angenommenen Zugeständniß der Vorzug gegeben wird vor einem im Thatbestande enthaltenen allerdings nur stillschweigenden Leugnen; vgl. auch Bähr a. a. O. S. 234, Rocholl a. a. O. S. 527, 528.]

---

4) Nr. 4: Eine äußerliche Trennung der Entscheidungsgründe von der Darstellung des Thatbestandes ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben und nicht wesentlich (s. RG. II S. 421, 423, IV S. 418, RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 126), aber zweckmäßig und in den §§ 285, 291 und 505 offenbar unterstellt (Streich a. a. O. S. 243, v. Bülow a. a. O. S. 335, Wengler a. a. O. S. 82 ff., Bähr a. a. O. S. 232, Rocholl a. a. O. S. 527 ff. u. A.). Nach den in Anm. 3 angeführten Urtheilen d. RG. (s. z. B. IV S. 428) kann daher eine in dem als „Entscheidungsgründe" bezeichneten Abschnitte des Urtheils enthaltene thatsächliche Bemerkung als Ergänzung des Thatbestandes angesehen werden (vgl. auch RG. II S. 394, in Blum, Ann. II S. 581, und in Wengler a. a. O. S. 94, Bähr a. a. O. S. 232 ff., Streich a. a. O. S. 244 ff. u. A. A. M. Erythropel in Busch, Zeitschr. III S. 110 Anm. 1). Die Berichtigung einer solchen Bemerkung ist somit auch als Berichtigung des Thatbestandes nach § 291 zulässig (v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 461, Wengler a. a. O. S. 86 Anm. 9, 115).

Die Entscheidungsgründe müssen sich auf den ganzen Umfang des Urtheils, auch auf die Beweiswürdigung beziehen (§ 259 Anm. 2). Sie müssen erkennen lassen, ob die Entscheidung auf Rechtsgründen oder auf thatsächlicher Würdigung beruht (vgl. Petersen §§ 284, 285 II 3). Für jedes selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind Gründe anzugeben, sofern nicht ein einzelner erkennbar durchgreift (RG. III S. 388, VIII S. 341). Wegen Bezugnahme auf die Gründe des Vorderrichters s. § 505 Anm. 2.

Der Mangel von Entscheidungsgründen bildet nach § 513 Nr. 7 einen Revisionsgrund. Auf die Nichtübereinstimmung der mündlich mitgetheilten mit den schriftlichen Entscheidungsgründen kann die Revision dagegen nicht gestützt werden; es kommt nur auf die letzteren an (s. auch RG. i. Str. S. IV S. 383).

5) Nr. 5: „Urtheilsformel" — (tenor sententiae) ist identisch mit „Entscheidung" (vgl. Nr. 2 u. §§ 289, 292), welche im Gegensatz zu den „Entscheidungsgründen" (Nr. 4) steht (§ 293 Anm. 2 a. E.). [A. M. Freudenstein, Rechtskraft, S. 76 Anm. 2.] — Die Bestimmung des N. E. § 348 Abs. 3, daß die Urtheilsformel der Darstellung des Thatbestandes und den Entscheidungsgründen vorangestellt oder nachgestellt werden könne, erklären die Mot. für selbstverständlich. Ingleichen ist es selbstverständlich, daß für die Gründe die Erwägungsform oder die Form einer freien Auseinandersetzung gewählt werden kann. [Beim RG. geht die Urtheilsformel in der Regel voran (vgl. GeschOrdn. d. RG. v. 2. April 1880 § 17 — CentrBl. f. d. Reich S. 190).]

6) Abs. 2: „Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze" — selbstverständlich nur soweit, als derselbe in der mündlichen Verhandlung wiederholt ist. (Vgl. RG. X S. 318). Unter derselben Voraussetzung darf auch auf Anlagen derselben, z. B. Urkunden, Gutachten usw. Bezug genommen werden.

„Feststellungen" — vgl. §§ 146, 269, 270. Die Bestimmung findet auf Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Bei derartigen Bezugnahmen, welche nicht die Regel bilden sollen („nicht ausgeschlossen"), ist dafür Sorge zu tragen, daß die Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung nicht darunter leide; namentlich muß völlig deutlich erkennbar sein, was der Richter hat feststellen wollen (RG. bei Streich a. a. O. S. 251 u. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1114, RG. II S. 404, VI S. 350, X S. 74); auch darf die „Darstellung" nicht völlig durch eine Bezugnahme ersetzt werden (RG. II S. 404, 421, IV S. 188, 431, RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 737, 1164, XXVII S. 1101, OLG. Celle in Bödiker, Magazin I S. 169; Streich a. a. O. S. 250, Brückner a. a. O. S. 410, Wengler a. a. O. S. 75 ff. Minder streng in letzterer Hinsicht RG. III S. 433 i. A., Stegemann in Bödiker a. a. O. S. 165 ff., v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 251, Bähr a. a. O. S. 235 ff.; s. gegen Letzteren Wengler a. a. O. S. 160 Anm. 21). Keinenfalls ist eine einfache Bezug-

§ 285. Der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

N. Entw. § 350 Abs. 2 u. 3. Entw. I. § 260. Entw. II. § 270. Entw. III. § 275. Mot. S. 24, 25, 222. Prot. S. 103.

---

nahme auf die Akten zulässig (so auch RG. IV S. 188, 431 u. im RAnz. 1881 b. Beil. 11 S. 3, Streich a. a. O. S. 251 Anm. 7, Wengler a. a. O. S. 82, 152 Anm. 12. A. M. anscheinend Freudenstein a. a. O. S. 85), auch nicht auf Vorakten (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 250). Eine ausdrückliche „Nichtbezugnahme" auf die Schriftsätze (wie v. Bülow a. a. O. S. 342 will), wird stets entbehrlich sein. Da die Anträge (§§ 121 Nr. 2, 128, 269) einen Theil des Thatbestandes bilden, so ist auch in Betreff ihrer eine Bezugnahme zulässig. Auch auf den in einem früheren Urtheil [Zwischenurtheil, bedingten Endurtheil, selbst in einem in derselben Sache früher erlassenen, aber in der gleichen oder in der höheren Instanz aufgehobenen — Versäumniß- oder kontradiktorischen — Urtheil (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 80)] enthaltenen Thatbestand kann Bezug genommen werden. Vgl. §§ 505, 529 Anm. 4.

7) Das bedingte Endurtheil muß nach § 427 die Eidesnorm und die Folgen der Leistung wie der Nichtleistung des Eides feststellen.

8) Der Inhalt des § 284 bezieht sich auf alle Urtheile — mithin auch auf Theil-, Zwischen- und Versäumnißurtheile (vgl. wegen der letzteren H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 718 Anm. 1 u. in Prot. u. Urth. S. 68 ff.) — dagegen nicht auf Beschlüsse und Verfügungen (vgl. § 294), namentlich auch nicht auf den Beweisbeschluß (vgl. § 324). Ein Verzicht der Parteien auf Beifügung des Thatbestandes oder der Entscheidungsgründe bei Zwischenurtheilen von untergeordneter Bedeutung (z. B. über die Zulässigkeit des Einspruchs) ist nicht statthaft, da die Vorschriften des § 284 öffentlichen Rechtens sind (A. M. H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 1 ff.).

9) Wegen der Gebühren (Entscheidungsgebühr) s. GKG. §§ 18 Nr. 3, 24, 28.

§ 285.

1) Der § 285 ist der Hann. PO. § 357 entlehnt. Er bezieht sich nur auf das „mündliche Parteivorbringen", d. h. die von den Parteien angeführten Thatsachen und Beweismittel (wegen der Anträge s. § 269 Anm. 1 und 5), mithin nicht auf sonstige Feststellungen, z. B. der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, des Ergebnisses der Augenscheinseinnahme, der Thatsache einer Eidesleistung. Für diese ist lediglich das Sitzungsprotokoll maßgebend. Vgl. § 146 Nr. 3 und 4. (So auch RG. XIII S. 422, Gaupp II S. 159, A. Förster Anm. 2, Seuffert Anm. 4, Wengler a. a. O. S. 105 ff. u. A. A. M.: Endemann II S. 121, Bünger in Busch, Zeitschr. IV S. 357 ff.) Rücksichtlich der Frage, ob etwas nicht vorgebracht bzw. unwidersprochen geblieben sei, liefert der Thatbestand nur dann Beweis, wenn er diese Negative ausdrücklich hervorhebt. (So auch Sarwey I S. 433, Hellmann II S. 149, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 242 ff., Bähr, Urth. S. 226. A. M.: RG. IV S. 420, Gaupp II S. 158, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2c, Petersen §§ 284, 285 III 1, Wengler a. a. O. S. 119, v. Bülow in Busch, Zeitschr. IV S. 340, OLG. Augsburg ebendas. S. 432. Vgl. auch Vierhaus das. V S. 89, 90.)

Unter „Sitzungsprotokoll" kann hier nicht der ganze Inhalt desselben, sondern nur der in Gemäßheit des § 148 vorgelesene und genehmigte, die Nr. 1 und 2 des § 146 betreffende Theil desselben einschließlich der Anlagen (§§ 146 Nr. 3, 269, 270; s. auch §§ 315, 470) verstanden werden (vgl. Leonhardt, BPO. § 357 Anm. 1; derselbe: Die Lehre von der Berufung S. 83 Anm. 1, Gaupp II S. 158, 159, Wilm. Levy a. a. O., Petersen §§ 284, 285 III 1 u. A. A. M.: Sarwey I S. 434, Wengler a. a. O. S. 108 ff.), weil nur dieser unter Mitwirkung der Parteien vom Gerichte festgestellte Theil eine höhere Bürgschaft der Richtigkeit gewährt, als der vom Gerichte allein auf Grund der Erinnerung und etwaiger No-

§ 286. Das Urtheil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urtheile bemerkt.

Ein Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, ist vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.

N. Entw. §§ 351, 352 Abs. 2. Entw. I. §§ 261 u. 272. Entw. II. §§ 271 u. 272. Entw. III. §§ 276 u. 277 Abs. 2. Mot. S. 222, 223. Prot. S. 103.

tizen der Richter aufgenommene Thatbestand. Von dieser Anschauung gehen auch die Mot. S. 24 aus, indem sie sagen:

„Die Feststellung durch das Sitzungsprotokoll erfolgt ja gerade zu dem Zwecke, um die richtige Feststellung des Sachverhältnisses im Urtheile zu sichern, so daß also das Sitzungsprotokoll in Betreff der Darstellung des Sachverhältnisses im Thatbestande des Urtheils Gegenbeweis liefert. Werden durch das Sitzungsprotokoll festgestellte Anträge oder Erklärungen zurückgenommen oder abgeändert, so werden diese Zurücknahme oder Abänderung zum Sitzungsprotokolle festzustellen sein."

Die Beweiskraft des Thatbestandes geht mithin noch über § 380 Abs. 1 hinaus, insofern der Beweis der unrichtigen Beurkundung (das. Abs. 2) ausschließlich durch das Sitzungsprotokoll geführt werden kann. Bei Widersprüchen zwischen beiden geht das letztere vor; die Beweiskraft desselben kann aber selbst wieder nach §§ 380 Abs. 2, 383 entkräftet werden. Eine Entkräftung kann auch darin nicht gefunden werden, daß das Sitzungsprotokoll ein — zudem nach § 128 unzulässiges — Vorlesen der (theilweise abweichenden) vorbereitenden Schriftsätze bekundet (RG. II S. 401, Wengler a. a. O. S. 113 ff.). Ebensowenig ist das bloße Schweigen des Protokolls genügend, selbst wenn es sich um Thatsachen handelt, welche nach §§ 145, 146 im Protokoll festzustellen sind (RG. X S. 366, 367, Wengler a. a. O. S. 111, 112, Seuffert Anm. 2., Wilm. Levy Anm. 1, S. 428 u. A. A. M. Lippmann im civ. Arch. 70 S. 123 Anm. 15). Hinsichtlich der Anträge s. § 269 Anm. 5.

Wesentlich abweichende Bestimmungen, insbesondere einen der CPO. fremden (Mot. S. 24) Unterschied zwischen „bezeugen" und „erwähnen" enthält der N. E. § 350 Abs. 2 und 3. Vgl. Nordd. Prot. S. 597, 598.

2) Die Berichtigung des Thatbestandes (vgl. § 291) ist zur Widerlegung des Thatbestandes durch das Sitzungsprotokoll nicht nothwendig (vgl. RG. X S. 366, XIII S. 423, 424).

§ 286.

1) Abs. 1 Satz 1 bezieht sich, wie aus der Einschaltung des in den Entwürfen in dem folgenden Paragraphen enthaltenen Abs. 2 hervorgeht und in der RTK. ausdrücklich von dem Vertreter der Reichsregierung konstatirt worden ist, auf das den Bestimmungen des § 284 gemäß vollständig abgefaßte Urtheil (und zwar auf die bei den Gerichtsakten verbleibende Urschrift [Konzept] desselben — vgl. § 670), nicht auf das bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form vorhandene Urtheil. Die Vorschrift umfaßt also auch solche Urtheile, welche in vollständiger Abfassung dem Protokoll selbst einverleibt, nicht demselben schriftlich beigefügt sind (vgl. § 146 Nr. 5). [So auch Endemann II S. 122, Gaupp II S. 160, Seuffert Anm. 1 u. A.] Die Vorschrift ist wesentlich (s. auch Heilbut im civ. Arch. 69 S. 404). — Wegen der Beschlüsse s. § 294 Anm. 3.

Wegen der Beifügung dissentirender Voten s. GVG. § 195 Anm. 4.

2) Abs. 1 Satz 2: — „verhindert" — nicht blos dauernd (z. B. durch den Tod), sondern auch vorübergehend — auf längere Zeit (z. B. durch Krankheit). Vgl. auch StrPO. § 275 Abs. 2. — Die Vorschrift ist ebenfalls wesentlich (A. M. Heilbut a. a. O. S. 373, 374).

§ 287. Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urtheile in ein Verzeichniß zu bringen. Das Verzeichniß wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.

N. Entw. § 352 Abs. 1. Entw. I. § 262 Abs. 1. Entw. II. § 272 Abs. 1. Entw. III. § 277 Abs. 1. Mot. S. 222. Prot. S. 103, 104, 544, 545.

§ 288. Die Zustellung der Urtheile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

So lange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht ertheilt werden.

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urtheile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

N. Entw. §§ 353, 354. Entw. I. § 263. Entw. II. § 273. Entw. III. § 278. Mot. S. 222. Prot. S. 104.

---

3) Abs. 2 soll der Verschleppung entgegen wirken. Die Frist ist nur instruktionell (s. auch Heilbut a. a. O. S. 405). Im Uebrigen vgl. § 284 Anm. 2 a. E.

4) Der Gerichtsschreiber hat — abgesehen von dem Verkündungsvermerke (Abs. 3), welcher auch in die Ausfertigung mit aufzunehmen ist (vgl. jedoch RG. in Gruchot XXVII S. 1118, wonach dies nicht die Gültigkeit der Zustellung ꝛc. bedingt) — die Urschrift des Urtheils nicht zu unterschreiben; seine Unterschrift gehört lediglich unter die Ausfertigungen (§ 288 Abs. 3). Vgl. auch § 284 Anm. 2 und StrPO. § 275 Abs. 4.

§ 287.

1) Die (instruktionellen) Bestimmungen über das Urtheilsverzeichniß haben theils den Zweck, den Parteien Gelegenheit zu geben, von den Urtheilen Einsicht zu nehmen und die Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen oder Abschriften derselben zu beantragen (§§ 271, 288 Abs. 2, theils Bedeutung für die Frist zu Anträgen auf Berichtigung des Thatbestandes des Urtheils (§ 291 Abs. 2). Die Nichtbeachtung thut aber der Gültigkeit der Verkündung des Urtheils keinen Eintrag. (Zustimmend Bolgiano S. 335 Anm. 1, Gaupp II S. 162, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 3. A. M. Siebenhaar S. 325.) Das Verzeichniß enthält nur die Rubra der Urtheile, nicht den ganzen Inhalt derselben (Prot. S. 106).

2) Ein Antrag, daß alle Urtheile in vollständiger Form und, von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber unterschrieben, in ein Register (Urtheilsbuch) einzutragen seien, ist von der RTK. in zweiter Lesung abgelehnt worden.

§ 288.

1) Abs. 1: Nur vollständig abgefaßte Urtheile (§ 286 Abs. 2) dürfen zugestellt werden. Ueber die Fälle, in denen eine Zustellung der Urtheile erforderlich, vgl. § 283 Anm. 2.

— „auf Betreiben der Parteien" — d. h. der einen oder der anderen Partei, welche an dem Weiterbetrieb der Sache ein Interesse hat. Vgl. § 152 Anm. 2. Eine Ausnahme enthält § 582 für das Verfahren in Ehesachen, nicht aber § 154 für das amtsgerichtliche Verfahren (s. §§ 152 Anm. 3, 154 Anm. 2); vgl. auch §§ 602, 603, 615, 619 Abs. 3, 623, 624, 626; KO. § 66. Die mit Unrecht von Amtswegen erfolgte Zustellung eines Urtheils ist keine Zustellung im Sinne des Gesetzes und mithin wirkungslos (vgl. § 294 Anm. 4 a. E., RG. III S. 376 u. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 138, 139). Der Grundsatz ist ein fundamentaler; der Mangel wird daher nicht durch unterlassene Rüge nach § 267 geheilt (RG. in Seuffert, Arch. 40 S. 457).

Die Zustellung erfolgt durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift von der der zuzustellenden Partei auf deren Antrag ertheilten Ausfertigung (RG. III S. 435; vgl. § 156 Anm. 2).

2) Abs. 2: Die Ausfertigungen, d. h. feierliche gerichtliche Beurkundung des Urtheils,

§ 289. Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden.

N. Entw. § 358. Entw. I. § 264. Entw. II. § 274. Entw. III. § 279. Mot. S. 223. Prot. S. 104.

§ 290. Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. § 427. Entw. I. § 265. Entw. II. § 275. Entw. III. § 280. Mot. S. 223—225. Prot. S. 104, 105.

---

enthaltend die Eingangsformel (s. § 284 Anm. 1), das vollständige Urtheil und die Unterschrift des Gerichtsschreibers (vgl. § 662 Abs. 2) unter dem Vermerke der Ausfertigungsertheilung sowie den Abdruck des Gerichtssiegels, Auszüge, d. h. theilweise Ausfertigungen, und (formlose) Abschriften werden nach § 271 Abs. 1 auf Antrag von dem Gerichtsschreiber ertheilt; an diesen sind daher auch die desfallsigen Anträge der Parteien zu richten. Vgl. § 539. Wegen vollstreckbarer Ausfertigungen s. §§ 662 ff.

3) Der Inhalt des § 288 findet auch auf Beschlüsse und Verfügungen Anwendung (§ 294 Abs. 2), jedoch mit der in § 294 Abs. 3 enthaltenen Modifikation des § 288 Abs. 1.

§ 289.

1) Ueber End- und Zwischenurtheile vgl. §§ 272—276. Auch das bedingte Endurtheil fällt unter § 289; ein nachher geschlossener Vergleich kann nur nach § 686 geltend gemacht werden (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 268). Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt aber in der bindenden Kraft der Zwischenurtheile (vgl. § 275 Abs. 3). Bindend ist nur die Entscheidung, nicht die Gründe (vgl. § 293). — Der umgekehrte Satz, daß Beschlüsse und (prozeßleitende) Verfügungen für das Gericht keine bindende Kraft haben (Bayer. PO. Art. 296, H. E. § 273, P. E. § 364, N. E. § 358), mithin auch der Rechtskraft unter den Parteien nicht fähig sind, ist als selbstverständlich weggelassen (Mot. S. 222). In Bezug auf den Beweisbeschluß insbesondere ergiebt er sich außerdem aus § 325. — Wegen der durch sofortige Beschwerde angegriffenen Verfügungen s. § 540 Abs. 3.

— „erlassenen" — hier gleichbedeutend mit „verkündeten" (s. § 280 Anm. 4). Ein beschlossenes und abgefaßtes, aber noch nicht verkündetes Urtheil kann abgeändert werden.

2) Die §§ 290 und 291 enthalten Modifikationen des § 289.

§ 290.

Literatur: Boas: Das Urtheilsberichtigungsverfahren gemäß der §§ 290 u. 291 der CPO., in Gruchot, Beitr. XXV S. 868 f.

1) Abs. 1: — „ähnliche offenbare Unrichtigkeiten" — d. h. solche, die sich sogleich äußerlich als unzweifelhafte Versehen kennzeichnen. Eine materielle Aenderung des Urtheils darf nicht vorgenommen werden (RG. VIII S. 392, Striethorst, Arch. 53 S. 290). Wegen bedingter Urtheile s. § 431.

— „in dem Urtheile" — vgl. § 291 Anm. 1 i. A. Wegen der Anwendung des § 290 auf Beschlüsse s. § 294 Anm. 3.

2) — „jederzeit" — auch in der Revisionsinstanz (RG. IV S. 210) und sogar nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils.

— „auch von Amtswegen" — Dies ist besonders bei Versäumnißurtheilen von Bedeutung.

Der Antrag kann in jeder Form erfolgen; Zustellung eines Schriftsatzes, wie in §§ 291 Abs. 1 und 292 Abs. 1, ist nicht vorgeschrieben. Doch gilt auch hier nach dem allgemeinen Grundsatze des § 74 Abs. 1 (Abs. 2 findet keine Anwendung) der Anwaltszwang. (Vgl. auch Sarwey I S. 437, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 2b. A. M. Hellmann II S. 155.)

3) Abs. 2: An der Entscheidung können, wie sich per arg. e contrario aus § 291 Abs. 4 ergiebt, auch Richter Theil nehmen, welche bei dem Urtheile selbst nicht mitgewirkt haben (Prot. S. 105, 546; Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 290—292 II 2 u. A. A. M.: Endemann II S. 127 Anm. 4, A. Förster Anm. 2c). Die Berichtigung hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 117). Wegen der Verkündung und Zustellung s. §§ 156 Anm. 2, 294 Anm. 2—5. Ist der Beschluß nicht verkündet, so ist derselbe von Amtswegen auszufertigen und zuzustellen. Anderenfalls ist es Sache der Partei, ihn zustellen zu lassen (vgl. Boas a. a. O. S. 871, 872).

— „auf dem Urtheil" — d. h. seinem ganzen Inhalt nach auf der Urschrift des Urtheils. Im Falle einer mündlichen Verhandlung ist in dem Protokolle der Beschluß mindestens unter Bezugnahme auf den Vermerk zu erwähnen (vgl. § 146 Nr. 5, Boas a. a. O. S. 868—870).

— „und den Ausfertigungen" — mögen sie schon ertheilt sein oder noch ertheilt werden (s. RG. III S. 436), die ersteren nur dann, wenn dieselben zu diesem Zwecke eingereicht werden; von Amtswegen werden sie nicht einzufordern sein. [So auch Boas a. a. O. S. 870, 871 u. anscheinend Wengler: D. Thatbestand S. 145. A. M.: Sarwey I S. 438, Endemann II S. 128, Petersen a. a. O., Wilm. Levy Anm. 2 u. A. Jedenfalls findet kein Zwang zur Einreichung statt (s. auch Hellmann II S. 156, Gaupp II S. 165, Seuffert a. a. O.).]

4) Das Verfahren ist, sofern es nicht nach freier richterlicher Ueberzeugung muthwillig veranlaßt wurde, gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

5) Abs. 3: Im Falle der Zurückweisung des Antrags auf Berichtigung oder auch statt dieses Antrags kann der Antragsteller, wenn gegen das Urtheil selbst Berufung oder Revision zuläßig ist, selbstverständlich die Berichtigung im Wege dieses Rechtsmittels geltend machen. — Ein Vorschlag, gegen den Beschluß, welcher die Berichtigung ausspricht, in denjenigen Fällen, in welchen gegen das Urtheil selbst Berufung oder Revision erhoben wird, nicht ein selbständiges Rechtsmittel (der sofortigen Beschwerde) zuzulassen, sondern den Beschluß nur mittels des gegen das Urtheil selbst gerichteten Rechtsmittels für anfechtbar zu erklären, ist von der RTK. abgelehnt worden. Es gehen also in diesen Fällen die Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde und der Berufung bezw. Revision ganz selbständig neben einander her. Die Fristen zur Einlegung der letzteren laufen ungeachtet des Berichtigungsverfahrens von der Zustellung des Urtheils an (§§ 477, 514, Nordd. Prot. S. 1494, 1495). Die Einlegung der Berufung hindert nicht die Verfolgung der Beschwerde (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1096).

. Um auch für den Fall einer von Amtswegen vorgenommenen Berichtigung das Rechtsmittel der Beschwerde zu gewähren, hat die RTK. auf Antrag des Abg. Becker beschlossen, statt der Worte des Entwurfs „durch welchen dem Antrage auf Berichtigung Folge gegeben wird" zu setzen: „welcher eine Berichtigung ausspricht".

Die sofortige Beschwerde findet nur beim Vorhandensein eines die Berichtigung aussprechenden Beschlusses statt, mithin nicht gegen ein von dem mündlich verkündeten abweichendes Urtheil, in dessen Gründen die Abweichung (wegen eines Rechenfehlers) motivirt wird (RG. V S. 357. A. M. Wilm. Levy Anm. 2; vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 420).

6) Im Widerspruch mit vielen neueren Gesetzgebungsarbeiten hat die CPO. ein besonderes Erläuterungsverfahren zur Berichtigung von Dunkelheiten, Zweideutigkeiten oder Widersprüchen in dem die Entscheidung enthaltenden Theile des Urtheils nicht aufgenommen. Derartige Mängel des Urtheils sind daher im Wege der nach allgemeinen Grundsätzen zuläßigen

§ 291. Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welches das Urtheil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urtheil mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge.

N. Entw. — Entw. I. § 266. Entw. II. § 276. Entw. III. § 281. Mot. S. 19—25, 223. Prot. S. 105, 106, 545—547.

Rechtsmittel zu rügen, und nöthigenfalls ist nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils die Klarstellung im Zwangsvollstreckungsverfahren herbeizuführen (vgl. § 686). Vgl. auch Norbd. Prot. S. 599.

§ 291.

1) Der § 291 bezieht sich — im Gegensatz zu § 290, welcher auf alle Theile des Urtheils Bezug hat — lediglich auf den Thatbestand (nicht auf rechtliche Ausführungen s. ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 251), und zwar auch auf diesen nur insoweit, als nicht § 290 Anwendung findet. Das der Hann. PO. § 360 Abs. 2 (vgl. auch H. E. § 263, Württ. PO. Art. 364) entlehnte Berichtigungsverfahren steht im engsten Zusammenhange mit den Bestimmungen der §§ 270 und 285 der CPO.; es soll einen Ersatz dafür bieten, daß eine Protokollirung aller wesentlichen thatsächlichen Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze vor dem Urtheile von Amtswegen nicht stattfindet, und ein Korrektiv bilden gegen die Gefahren, welche aus der Beweiskraft entspringen, die dem ohne Mitwirkung der Parteien vom Gerichte aufgenommenen Thatbestande beigelegt ist. Die Parteien erhalten dadurch, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, ein Mittel, auch wenn sie Feststellungen zu Protokoll unterlassen haben, nachträglich unter ihrer Mitwirkung den wahren Inhalt ihrer Vorträge in den Thatbestand des Urtheils zu bringen. Der Antrag ist daher von dem Inhalt des Sitzungsprotokolls unabhängig, muß aber selbstverständlich nach § 285 Satz 2 erfolglos sein, wenn er mit jenem in Widerspruch steht (vgl. auch § 285 Anm. 2). Bei dem Wegfall der Eventualmaxime und bei der Möglichkeit, nova noch in der Berufungsinstanz vorzubringen, hat das Verfahren hauptsächlich für die Berufungsinstanz Bedeutung, für die erste Instanz vornehmlich nur wegen der Kosten der Berufungsinstanz (§ 92 Abs. 2).

[Ueber die legislatorische Seite der Frage vgl. Hann. Prot. V S. 1681 ff., XV S. 5523 ff., Norbd. Prot. S. 599, Schmidt, Mag. f. Hann. Recht VII S. 404 ff., Verh. des 9. D. Juristentags II S. 253 ff., 307 ff. (Gutachten von Gaupp u. André), v. Canstein, Grundlagen S. 84, Wengler a. a. O. S. 122 ff., Bähr: D. deutsche Civilprozeß in prakt. Bethätigung S. 51.]

2) Abs. 1: Die Frist ist eine gesetzliche, aber keine Nothfrist (s. § 201 Anm. 4), kann mithin nach § 202 durch Vereinbarung der Parteien, nicht aber vom Gerichte verlängert und braucht nicht von Amtswegen berücksichtigt zu werden (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 149). Vgl. § 292 Anm. 3. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf ist nicht zulässig (RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 111).

Der Schriftsatz hat hier nicht blos eine vorbereitende, sondern eine bestimmende Bedeutung, wie aus dem imperativen „muß" des Abs. 3 hervorgeht. Andere Berichtigungen können daher in der mündlichen Verhandlung nicht beantragt werden. (So auch Gaupp II S. 168, A. Förster Anm. 3b, Wengler a. a. O. S. 130. A. M.: Kleiner II S. 184 u. Seuffert Anm. 3, wenn die Sitzung in die Frist fällt.)

Die Zustellung erfolgt nach Maßgabe der §§ 152 ff. Im Parteiprozesse kann der Antrag in den Formen der §§ 457, 458 angebracht werden (§ 462).

3) Abs. 2: Ueber den Aushang vgl. § 287. Daß die Frist hiemit, nicht erst mit der Zustellung des Urtheils beginnt, beruht auf der Rücksicht möglichster Beschleunigung (s. Anm. 4, Prot. S. 105).

4) Abs. 4: Der Einfachheit halber ist eine Beweisaufnahme ausgeschlossen. — Das Gericht — nicht, wie im rheinisch-französischen Verfahren (Code de proc. art. 145), blos der Vorsitzende — entscheidet zunächst auf Grund der zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen, welche nach § 288 den direkten Gegenbeweis gegen den Inhalt des Thatbestandes des Urtheils liefern, soweit aber diese nicht vorhanden sind, auf Grund des Eindrucks, welchen die unmittelbare, mündliche Verhandlung im Gedächtnisse der Richter zurückgelassen hat, wobei etwaige Notizen der Richter, der Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und die Verhandlungen über den Berichtigungsantrag selbst dem Gedächtnisse zu Hülfe kommen können. — Damit die Verhandlung noch möglichst frisch im Gedächtniß der Richter sei, ist für Stellung des Antrags eine kurze Frist gesetzt. Daß der Vorsitzende den Verhandlungstermin auf einen der nächsten Tage festzusetzen habe, ist zwar nicht, wie in der Hann. PO. § 363, vorgeschrieben; es liegt aber in der Natur der Sache, daß der Vorsitzende den Termin auf einen nahen Sitzungstag anberaumen und nöthigenfalls von den Befugnissen des § 204 Abs. 2 u. 3 Gebrauch machen muß.

Die Entscheidung hat die Natur eines Beschlusses, nicht eines Urtheils. Gründe brauchen somit nicht beigefügt zu werden (§ 294 Abs. 3, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 462). Es finden daher ferner die Bestimmungen des nur auf Zwischenurtheile bezüglichen § 312 Abs. 2 und mithin die Vorschriften der §§ 295 ff. über das Versäumnißverfahren keine Anwendung; vielmehr entscheidet das Gericht beim Ausbleiben einer Partei nach Lage der Akten (Sarwey I S. 440, Gaupp II S. 168, 169, Wilm. Levy Anm. 4, v. Bülow in Busch, Zeitschr. IV S. 347, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. Petersen §§ 290—292 III 1). Bleiben beide Parteien im Termine zur mündlichen Verhandlung aus, so ruht nach § 228 Abs. 2 das Verfahren. [Dagegen vertreten Sarwey, Gaupp, Wilm. Levy, Petersen a. a. O., Wengler a. a. O. S. 129, 144, Seuffert Anm. 3 a. E., Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 472 u. A. die Ansicht, daß in diesem Falle das Gericht von Amtswegen zu entscheiden habe. Indessen ist es nicht verständlich, warum die Parteien, welche doch die Frist durch Vereinbarung verlängern können (Anm. 2), nicht auch durch stillschweigende Vereinbarung den Termin zur mündlichen Verhandlung aufheben können mit der Wirkung, daß ein neuer von ihnen beantragt werden kann. Daß es sich hier um eine Offizialthätigkeit des Gerichts handle, ist nicht zuzugeben, da die Berichtigung — im Gegensatze zu § 290 — nur auf Antrag eintritt und ein solcher jederzeit zurückgenommen werden kann.]

5) Der dritte und vierte Satz des Abs. 4 verdanken einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. Becker und Gen. ihre Entstehung. Demselben liegt der Gedanke zu Grunde, daß nur derjenige Richter, welcher der mündlichen Verhandlung beigewohnt habe, im Stande sei, über einen Berichtigungsantrag zu entscheiden. — In der Bestimmung liegt eine Abweichung von der Vorschrift des § 194 des GVG. — Da § 291 auch für das amtsgerichtliche Verfahren gilt (§ 456), so ist, wenn der Amtsrichter, vor welchem die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, verhindert ist, über den Berichtigungsantrag zu entscheiden, die Berichtigung ganz ausgeschlossen.

Der letzte Satz stimmt mit § 290 Abs. 2 Satz 2 wörtlich überein. Vgl. § 290 Anm. 3.

§ 292. Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

N. Entw. §§ 428, 429. Entw. I. § 267. Entw. II. § 277. Entw. III. § 282. Mot. S. 254. Prot. S. 106.

---

6) Abs. 5: Die Bestimmung des Abs. 5 kann dahin führen, daß der Thatbestand und die Urtheilsformel nebst Entscheidungsgründen nicht mit einander im Einklang stehen. Eine solche Disharmonie kann nur durch ein Rechtsmittel gegen das Urtheil, sofern ein solches nach allgemeinen Grundsätzen statthaft ist (vgl. § 284 Anm. 3 a. E.), beseitigt werden. Die Nothfrist wird auch hier durch das Verfahren nicht berührt.

Die Berichtigung kann zwar nicht eine Aenderung, wohl aber eine Ergänzung des Urtheils (§ 292) zur Folge haben, wenn nämlich nach dem richtig gestellten Thatbestande ein Antrag übergangen ist. (Die Ausdrucksweise des § 291 Abs. 5 ist daher nicht „inkorrekt", wie Puchelt II S. 110 meint. Vgl. auch Petersen §§ 290—292 III 2 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 324.) Auch können, da ein berichtigter Thatbestand dieselbe Bedeutung hat wie ein unangefochtener, Rechnungsfehler, welche auf Grund der Berichtigung sich ergeben, noch nachträglich in Gemäßheit des § 290 in der Urtheilsformel geändert werden.

7) Bei einem Zusammentreffen der Berufung und eines Antrags auf Berichtigung des Thatbestandes geht das Berichtigungsverfahren vor (Seuffert Anm. 2 a. E., Wengler a. a. O. S. 129, A. Förster Anm. 2 a. E. u. A.).

8) Wegen der Gebühren gilt das in § 290 Anm. 4 Gesagte.

§ 292.

1) Der § 292 handelt von der Ergänzung eines unvollständigen Urtheils. Ein solches liegt vor, wenn ein Urtheil die Absicht hat, den Rechtsstreit seinem ganzen Umfange nach zu entscheiden, in Wirklichkeit aber einen der Entscheidung bedürfenden Punkt — betreffe derselbe den Haupt- oder einen Nebenanspruch oder die Prozeßkosten — in der Urtheilsformel (vgl. § 293 Anm. 2) übergangen hat und mithin thatsächlich den Charakter eines Theilurtheils an sich trägt, oder wenn ein Theilurtheil erlassen ist, welches sich den Anschein giebt, einen größeren Theil des Rechtsstreits zu erledigen, als in Wirklichkeit erledigt wird. Vgl. Nordd. Prot. S. 601, 602. Da nach § 14 Nr. 5 des EG. z. CPO. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist, aufgehoben sind, so ist stets Grund für einen Ergänzungsantrag vorhanden, wenn das Urtheil die Entscheidung über eine derartige Nebenforderung übergangen hat. Vgl. EG. z. CPO. § 14 Anm. 7. Ist die einwöchige Frist (Abs. 2) unbenutzt verstrichen, so kann der übergangene Anspruch durch selbständige neue Klage geltend gemacht werden, weil er weder aberkannt (vgl. EG. z. CPO. § 14 Nr. 5) noch auf anderem Wege eine gerichtliche Entscheidung darüber zu erlangen ist, derselbe also auch alsdann nicht mehr als rechtshängig gelten kann. [Vgl. auch Petersen §§ 290—292 IV 2, Gaupp II S. 172, Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Ruhstrat im civ. Arch. 65 S. 278 ff., Hellmann, Lehrb. S. 693. A. M.: Kleiner II S. 189, 190 u. v. Kries, Rechtsmittel S. 189, welche die Rechtshängigkeit fortdauern lassen. Wenn v. Kries überdies darin

§ 293. Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

N. Entw. § 359. Entw. I. § 268. Entw. II. § 278. Entw. III. § 283. Mot. S. 225–228. Prot. S. 106–108.

---

eine Umgehung der Frist erblickt, so ist zu entgegnen, daß die Frist nur für den anhängigen Prozeß gilt.] Eine andere Frage ist freilich, ob ein civilrechtlicher Grund der selbständigen Geltendmachung entgegensteht (vgl. hierüber § 279 Anm. 1, E. G. z. CPO. § 14 Anm. 7.

2) Ein Ergänzungsantrag kann nur in Betreff eines Haupt- oder Nebenanspruchs (des Klägers oder des Beklagten — „einer Partei") gestellt werden, welcher früher in der mündlichen Verhandlung (durch Klage, Widerklage — einschließlich der Formen des § 253 — oder Gegenforderung; s. § 293) geltend gemacht worden war. Für die Frage, ob eine solche Geltendmachung stattgefunden hat, ist lediglich der ursprünglich festgestellte (§§ 284, 285) oder nachträglich berichtigte (§ 291) Thatbestand maßgebend. — Der Kostenpunkt muß auch ohne Antrag der Parteien bei der Endentscheidung erledigt werden (vgl. §§ 87, 279 Abs. 2). Seine Uebergehung begründet daher ohne Weiteres den Ergänzungsantrag.

Wegen eines bloßen nicht zur Entscheidung gelangten Streitpunkts (Angriffs- oder Vertheidigungsmittels) kann ein Ergänzungsantrag nicht gestellt werden (§ 272 Anm. 1). — Die Einrede der Kompensation („Gegenforderung") ist nicht bloßes Vertheidigungsmittel, sondern ein (wenigstens eventueller) Anspruch des Beklagten (§§ 136, 137 Anm. 2, 235 Anm. 3, 274 Anm. 1, 2, 293 Anm. 4); deshalb kann der Beklagte wegen Uebergehens derselben alsdann einen Ergänzungsantrag stellen, wenn über dieselbe nach Lage des Falls hätte entschieden werden müssen (nicht, wenn z. B. die Klage auf Grund anderer Einreden abgewiesen war). [Vgl. auch Puchelt II S. 112, Gaupp II S. 171, Schollmeyer, Kompens. S. 116 u. A. A. M.: Bolgiano S. 313 Anm. 1, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2, Petersen §§ 290—292 IV 1 und Wilm. Levy Anm. 1, § 293 Anm. 4, welche die Kompensationseinrede bei der Anwendung des § 292 ganz ausschließen.]

Beispiele eines Ergänzungsurtheils s. ferner in §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2, 654.

3) Abs. 2 u. 3: vgl. § 291 Anm. 2.

— „mit der Zustellung des Urtheils" — abweichend von § 291 Abs. 2. Die Frist ist ebenfalls keine Nothfrist (trotz des „muß" — in § 291 Abs. 1: „kann" — s. das. Anm. 2 u. Heilbut im civ. Arch. 69 S. 369, 390, 425). Wegen des amtsgerichtlichen Prozesses s. § 462.

Wegen der Gebühren für das Ergänzungsurtheil vgl. GKG. § 29, Mot. S. 64 u. Komm.-Ber. S. 73.

4) Abs. 4: Da die mündliche Verhandlung — für welche die allgemeinen Grundsätze einschließlich der §§ 295 ff. gelten (auch ein Versäumnißverfahren findet hier statt) — sich auf den erledigten Theil des Rechtsstreits nicht bezieht, können an derselben auch Richter Theil nehmen, welche an der Fällung des der Ergänzung bedürfenden Urtheils nicht mitgewirkt haben.

5) Gegen die Entscheidung, welche auf den Ergänzungsantrag ergeht und durch Urtheil (nicht, wie in den Fällen der §§ 290, 291, durch Beschluß) erfolgt, sind die regelmäßigen Rechtsmittel innerhalb einer von Zustellung dieser Entscheidung ab laufenden Nothfrist zulässig. Hinsichtlich des Kostenpunkts ist jedoch § 94 einer selbständigen Anfechtung hinderlich. — Dagegen kann, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, die Ergänzung selbst im Wege der Rechtsmittel nicht erlangt werden (vgl. § 499 Anm. 2; RG. XI S. 409, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 37 Nr. 343.)

§ 293.

Literatur: Freudenstein: Die Rechtskraft nach d. RCPO. Hannover 1881. und die Kritik dieser Schrift von Hellmann in Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 574 ff.; Klöppel: Die Einrede

der Rechtskraft nach der D. CPO. Berlin 1882; E. Krüger, Rechtskraft des Urtheils. 1885; Herzog: Zur Lehre von der Rechtskraft der Urtheile nach § 293 d. RCPO., in Busch, Zeitschr. I S. 416 ff.; Fitting das. II S. 266 ff.; Zitelmann das. VIII S. 254 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 329 ff.; Mandry S. 247 ff.; Wach, Vortr. S. 101 ff.; Kroll, Klage u. Einr. S. 308 ff.

1) In formellem Sinne rechtskräftig ist ein Urtheil, welches durch ein Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann, sei es wegen Erschöpfung des Instanzenzugs oder wegen Versäumung der Fristen (vgl. § 645; EG. z. CPO. §§ 19, 20). Der vorliegende Paragraph handelt von der materiellen Rechtskraft, d. h. von dem Einflusse des Urtheils auf die im Streite befangenen Rechte der Parteien. Diese Lehre steht auf der Grenze zwischen bürgerlichem und Prozeßrecht. Im Interesse der Rechtseinheit aber hat die CPO. eine besonders streitige Frage — hinsichtlich des Umfangs, in welchem die richterliche Entscheidung in Rechtskraft übergeht (sog. Rechtskraft der Entscheidungsgründe) — positiv entschieden und damit dem Streite, ob die Frage materiellrechtlicher oder prozessualischer Natur sei (vgl. Freudenstein a. a. O. S. 62 Anm. 2), seine praktische Bedeutung im Wesentlichen genommen.

2) Während die preußische Praxis auf Grund des § 38 I 13 AGO. dahin neigte, nur die im Tenor des Urtheils enthaltene, nöthigenfalls aus den Gründen zu erläuternde Entscheidung als das letzte praktische Resultat des Urtheils in Rechtskraft übergehen zu lassen, stand sich im gemeinen Recht namentlich die Ansicht v. Savigny's (System des RR. VI S. 350 ff., 429 ff., 451, 452), wonach auch die in den Gründen enthaltenen Elemente („objektiven Gründe") des Urtheils — d. h. solche Bestandtheile, welche Entscheidungen enthalten — in Rechtskraft erwachsen (vgl. auch Windscheid, Pand. I § 130, Buchka, Einfluß des Prozesses II S. 184 ff., ROHG. 5 S. 389), und diejenige gegenüber, welche die Rechtskraft auf die Entscheidung über die konkreten Ansprüche bzw. Klagerechte beschränkt wissen will (Unger, Syst. des allg. österr. Privatrechts 4. Aufl. (1876) II S. 621 ff., besonders S. 639 ff., Wetzell S. 592 ff., Brinz, Pand. I S. 153 ff. ꝛc. Letzterem steht nahe Förster, 3. Aufl. I § 55 S. 272. Vgl. auch Siebenhaar S. 333 ff.) Die französische Praxis macht, wie die frühere preußische, die Rechtskraft von der Aufnahme in den Tenor (dispositif de jugement) abhängig, läßt den Umfang des Tenors aber wiederum durch den Inhalt der conclusions motivées bestimmen (Aubry et Rau: Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de Zachariae, éd. III tom. VI § 769 p. 489, 490). [Die reiche Literatur über diese Frage s. bei Windscheid a. a. O. u. Förster (Eccius) I S. 306.]

Die CPO. ist im Wesentlichen den bereits im N. E. § 359 zur Geltung gekommenen Ansichten Unger's und Wetzell's bzw. des preuß. Obertribunals gefolgt (vgl. auch RG. XI S. 385 u. in Seuffert, Arch. 35 Nr. 326, 40 Nr. 157, Bülow im civ. Arch. 62 S. 93 Anm. 72; Wach, Vortr. S. 103 ff., Bähr, Urth. S. 150, 151. Zweifel erheben freilich Klöppel a. a. O. S. 39 ff., Mandry S. 250). Die Mot. des Entwurfs würdigen zwar den Vortheil der gegnerischen Meinung, daß dadurch widersprechende Urtheile verhütet werden, bemerken aber gegen dieselbe Folgendes:

> „Sie führt weit über die Aufgabe des einzelnen Prozesses und über die Absicht der Parteien hinaus, welche den Gegenstand ihres Streits im Petitum ausgedrückt und begrenzt haben und in diesem Prozesse nur über diesen Streitpunkt eine richterliche Entscheidung erwarten (Unger a. a. O. II S. 628). Das Urtheil darf nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und darf nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses gar nicht bewußt geworden sind (Unger a. a. O. S. 628 Anm. 21a, Wetzell 2. Aufl. S. 519, 520). Die Rücksicht auf den Willen der Parteien, die Rücksicht auf das Richteramt fordern daher eine Beschränkung des Umfangs der Rechtskraft, ähnlich derjenigen Beschränkung, welche Unger und Wetzell für das gemeine Recht, das Obertribunal für das Preußische Recht vertheidigen — und diese Rücksichten erscheinen als so überwiegend, daß sich der Entwurf von denselben leiten lassen mußte."

Diese Ansichten sind im § 293 zum Ausdruck gekommen. Die Rechtskraft soll nicht hinausgehen über das Verlangen der Parteien, welches sich in einer der in § 293 bezeichneten

Formen kundgiebt (s. auch Mandry S. 248 Anm. 7, Bähr a. a. O. S. 164). Durch gleichzeitige Aufnahme der Feststellungsklage und (im Anschlusse an dieselbe) der Inzident-Feststellungsklage (§§ 231, 253) nähert sich die CPO. im Resultate aber wiederum der Ansicht v. Savigny's, mit dem Unterschiede, daß für die Rechtskraft präjudizieller Aussprüche in den formellen Erfordernissen des § 253 ein äußeres Kennzeichen gewonnen ist (s. § 253 Anm. 1). Ohne Erhebung einer Feststellungsklage wird der betreffende Anspruch selbst dann nicht rechtskräftig festgestellt, wenn die Entscheidung darüber aus Versehen in die Urtheilsformel aufgenommen ist (Wach, Vortr. S. 105, 106, Seuffert, Arch. 37 Nr. 158).

Die RTK. hat dieses System noch verschärft, indem sie bei Verwerfung eines auf der Savigny'schen Theorie beruhenden Antrages den dritten Abs. von § 293, welcher dahin lautete:

„Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist",

zu streichen beschloß. Die Bestimmung war gegen die preußische und französische Praxis gerichtet und sollte einen übertriebenen Formalismus verhüten. Sie wurde indessen bedenklich gefunden, weil danach eine Vermengung des dispositiven Theils des Urtheils mit den Entscheidungsgründen vorkommen könne; auch sei dieselbe entweder überflüssig, nämlich bereits durch Abs. 1 gedeckt, oder sage etwas Mehreres nach der Fassung und sei alsdann gefährlich.

Auch ein Antrag, den Abs. 3 in folgender Fassung aufzunehmen: „Der Umfang der Rechtskraft ist nach den Entscheidungsgründen auszulegen", fand nicht die Zustimmung der RTK. Die Absicht des Gesetzgebers, die Urtheilsformel als den ausschließlichen Sitz der in Rechtskraft übergehenden Ensćheidung zu behandeln, läßt sich hiernach nicht bezweifeln. Eine nur in den Gründen erlassene Entscheidung ist keine Entscheidung im Sinne des § 293. [Vgl. auch RG. V S. 389, VII S. 354 (Theilurtheil); VI S. 385 (ein eine negative Feststellungsklage abweisendes Urtheil), XI S. 384, ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 186, 39 Nr. 150, 40 Nr. 66; Fitting § 61 S. 218, Seuffert Anm. 1c, Wilm. Levy Anm. 3, Petersen § 293 I 4, Endemann II S. 137, Sarwey I S. 447, v. Bülow Anm. 1, S. 215, Gaupp II S. 176, Förster (Eccius) I S. 318, Kroll a. a. O. S. 310 ff. u. A. A. M.: Wach, Vortr. S. 108 Anm. *, Klöppel a. a. O. S. 34, Krüger a. a. O. S. 14 ff., A. Förster Anm. 3, Dernburg I § 137 Anm. 7, Mandry S. 250, Bähr a. a. O. S. 162 ff. u. in Krit. Vierteljahrsschr. XXV S. 547 ff.; noch entschiedener vertreten auch für die CPO. die Theorie Savigny's Freudenstein a. a. O. S. 40 Anm. 1, S. 69 ff., 73 ff., dessen Polemik übrigens vielfach praktisch auf einen bloßen Wortstreit hinausläuft, und im Anschluß an diesen Hellmann, Lehrb. S. 332 ff.]. Hinsichtlich der Gegenforderung vgl. Anm. 4. Die Gründe behalten übrigens stets für die Frage, welche Entscheidung in dem Tenor enthalten ist, erhebliche Bedeutung und dienen insofern auch zur Auslegung des „klarsten" Tenors (gegen Freudenstein a. a. O. S. 50 Anm. 1). Man darf daher Dernburg I S. 310, 311 darin beitreten, daß trotz äußerlicher Sonderung beide Theile des Urtheils in höherem Sinne eine Einheit bilden. Nur lassen sich beide nicht auf eine Linie stellen. Das eigentliche Merkmal der Rechtskraft bleibt immer die Aufnahme in die Urtheilsformel (was jener Schriftsteller bestreitet), obwohl dieselbe häufig mangelhaft in engem Anschluß an die Anträge gefaßt wird und daher die Bedeutung der Entscheidung schwer erkennen läßt (vgl. Wetzell S. 596). [Eine Konsequenz der Ansicht Freudenstein's ist, daß er auch gegen Entscheidungsgründe Rechtsmittel zuläßt (S. 54 Anm. 2, 83, 84), was offenbar dem Grundgedanken des § 293 widerspricht (vgl. auch §§ 472, 473).]

3) Abs. 1 legt entscheidenden Werth auf den materiellen Begriff des „Anspruchs" (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2). Urtheile, welche sich nur auf Prozeßvoraussetzungen beziehen (s. § 248), oder aus anderen Gründen die Entscheidung in der Sache verweigern (z. B. wegen gänzlicher Unverständlichkeit der Klage) oder nur den Grund der Forderung betreffen (§ 276), sind, wenngleich sie in formellem Sinne in Rechtskraft übergehen, der materiellen Rechtskraft nicht fähig. Nicht dahin gehören die Abweisungen wegen mangelhafter Begründung, mangelhafter Schlüssigkeit

des Antrags, unzulässiger Klagänderung (vgl. §§ 130 Anm. 3, 240 Anm. 7. A. M. Wilm. Levy Anm. 2). Andererseits genügt es nicht, daß ein Anspruch als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht ist, z. B. die exceptio dominii gegenüber der actio Publiciana, das Retentionsrecht gegenüber der persönlichen Schuldklage (Entsch. d. preuß. OT. 47 S. 355), die Erbeseigenschaft des Klägers bei der Vindikation einer Erbschaftssache ꝛc.; sondern der Anspruch muß eben „durch die Klage oder durch die Widerklage" erhoben, also in dem Antrage auf entsprechende Verurtheilung des Gegners zum Ausdruck gekommen sein. (Vgl. Unger a. a. O. S. 625 ff., Förster (Eccius) I S. 317 ff.) Zwischenurtheile sind daher der Rechtskraft nicht fähig. Dagegen fallen unter Abs. 1 die Inzident-Feststellungsklagen des § 253, mag der Gegner ausdrücklich zur Anerkennung des festgestellten Rechtsverhältnisses verurtheilt oder das Bestehen bzw. Nichtbestehen des letzteren eben nur festgestellt sein. Eine Anwendung des Grundsatzes hinsichtlich einer Einschränkung der Verurtheilung enthält § 695.

Die Abweisung der negativen Feststellungsklage enthält noch keine Entscheidung, daß die positive, auf das Gegentheil gerichtete Feststellungsklage begründet sei (RG. VI S. 385. A. M.: Bähr a. a. O. S. 162 ff., Seuffert Anm. 4e), wohl aber umgekehrt die Abweisung der positiven, daß die negative begründet sei (so auch Seuffert Anm. 3e).

Die Entscheidungen über Beweismittel oder über bloße Thatsachen sind der Rechtskraft niemals fähig (vgl. auch RG. VII S. 354), abgesehen von der Feststellungsklage auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit einer solchen (§ 231).

Materiell rechtskräftig dagegen werden alle Theilurtheile (§§ 273, 274), aber eben nur bezüglich des entschiedenen Theils, nicht (wie Windscheid a. a. O. § 130 Anm. 11, 12 ausführt) auch bezüglich des Ganzen. (Zustimmend Volgiano S. 359 Anm. 1a.) Ist nur wegen eines Theils eines Anspruchs geklagt, so wird nur die Entscheidung wegen dieses Theils rechtskräftig (vgl. auch RG. VII S. 247, Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 514 ff.). Eine Ausnahme kann auch nicht in dem Falle anerkannt werden, wenn der Theil nicht „individualisirt" und Abweisung erfolgt ist (vgl. Hellmann, Lehrb. S. 337, Mandry S. 253, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M.: Zitelmann a. a. O., Seuffert Anm. 5, A. Förster Anm. 3 a. E., Fitting in Busch, Zeitschr. II S. 266 ff., Löning das. IV S. 51 Anm. 51, deren Theorie dem Grundgedanken des § 293 widerspricht). Vgl. auch Anm. 4.

Zu den Urtheilen, welche in materielle Rechtskraft übergehen, gehören auch die Versäumnißurtheile (RG. VII S. 395. A. M. Klöppel a. a. O. S. 54 im Falle des § 296 Abs. 2).

Ueber den Inhalt des Urtheils hinaus reicht die Rechtskraft in objektiver Beziehung niemals (vgl. § 292 Anm. 1, EG. z. CPO. § 14 Nr. 5). [Zu weit geht Klöppel a. a. O. S. 142, wenn er die Rechtskraft auf alle sich aus der richterlichen Entscheidung ergebenden „Rechtsfolgen" ausdehnen will. Es kommt auf den unmittelbaren Inhalt der Entscheidung an (vgl. auch Hellmann, Lehrb. S. 331 ff., Krüger a. a. O. S. 61 ff., Mandry S. 248 Anm. 7]. Anders in subjektiver Hinsicht (§§ 65, 66 u. unten Anm. 5).

Auf ausländische Urtheile kommt § 293 nicht zur Anwendung (vgl. § 660 Anm. 1, RG. VIII S. 389).

4) Abs. 2 enthält die Voraussetzungen, unter welchen auch über eine Gegenforderung rechtskräftig entschieden werden kann, und hiemit die einzige Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Entscheidungen über Einreden niemals rechtskräftig werden.

„Die dem Nordd. Entw. § 359 Abs. 2 entnommene Vorschrift des § 293 Abs. 2 steht mit dem hinsichtlich der Rechtskraft maßgebenden Prinzip im Einklange. Wird die Einrede der Kompensation vorgeschützt, so muß es als Absicht der Parteien angenommen werden, daß das Bestehen oder Nichtbestehen der compensando geltend gemachten Gegenforderung pro concurrente summa unter ihnen festgestellt werde. Ueber die summa concurrens hinaus ist eine Feststellung der Absicht der Parteien nur entsprechend, wenn diese Feststellung ausdrücklich beantragt wird. Zu vergleichen sind Nordd. Prot. S. 592, 593, 605—609, 789—795, 809." (Mot.)

In der Anbringung einer Kompensationseinrede liegt gewissermaßen die stillschweigende Anstellung einer Inzident-Feststellungswiderklage (§ 253), aber nur bis zur Höhe des Kompensationsbetrags (vgl. § 235 Anm. 1); soll auch der überschießende Betrag mit rechtskräftiger Wirkung festgestellt werden, so kann dies nur mit Hülfe einer Widerklage geschehen. Diese Beschränkung des Umfangs der Rechtskraft gilt auch, wenn die Gegenforderung verneint wird (vgl. Anm. 3; Sarwey I S. 448, Herzog a. a. O. S. 416 ff., Endemann II S. 519, Dernburg I S. 312 Anm. 12, Hellmann, Lehrb. S. 336 ff., Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 293 II, Klöppel a. a. O. S. 23 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 4, Fitting § 61 S. 218 Anm. 5 u. in Busch, Zeitschr. II S. 266 ff., Schollmeyer, Kompens. S. 323, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 51, Wach I S. 371). Niemals kann in Betreff des Kompensationsueberschusses eine „Fiktion der Wahrheit" geltend gemacht werden (s. Freudenstein a. a. O. S. 184 ff.). In allen Fällen kommt es indessen darauf an (und ist nach den „Gründen" festzustellen), daß wirklich über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden ist. Ersteres ist auch der Fall, wenn die Einrede wegen ungenügender thatsächlicher Begründung (Substantiirung) der Gegenforderung verworfen ist [vgl. auch Schollmeyer a. a. O. S. 124 ff. A. M. RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1109]. Werden nur andere Erfordernisse der Kompensation verneint, so ist über die Gegenforderung nicht entschieden. Dies stimmt mit dem gemeinen Rechte überein, wornach man unterschied, ob die Zurückweisung der Kompensationseinrede auf einer Verneinung der formellen Bedingungen ihrer Geltendmachung (Liquidität ꝛc.) oder auf Verneinung der Existenz der Gegenforderung beruhte (vgl. L. 7 § 1 D. de compens. [16, 2], L. 8 § 2 D. de neg. gest. [3, 5]; Seuffert, Arch. 1 Nr. 367, 5 Nr. 236, 36 Nr. 83; v. Savigny a. a. O. S. 357 ff.; Windscheid a. a. O. Anm. 21; für das Preuß. Recht ebenso Förster (Eccius) I § 55 S. 318, Dernburg II S. 247).

Ob die Gegenforderung zum besonderen Prozesse verwiesen (§ 136 Abs. 2) oder über die Forderung nach § 274 durch Theilurtheil entschieden worden, ist für die Anwendung des Abs. 2 unerheblich. (A. M. Petersen in Busch, Zeitschr. IV S. 301 ff.). Vorausgesetzt ist aber, daß über die Gegenforderung durch Endurtheil — nicht bloß durch Zwischenurtheil — entschieden wird (vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 127. A. M.: Wach, Vortr. S. 110, Löning a. a. O. S. 129 ff.).

Die ausdrückliche Aufnahme der Entscheidung über die Gegenforderung in den Tenor (s. Anm. 2) ist nicht erforderlich zur Begründung der materiellen Rechtskraft (s. RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 114, Seuffert Anm. 4, Petersen § 293 II, Wilm. Levy Anm. 4, Wach, Vortr. S. 108, Schollmeyer a. a. O. S. 128, Kroll a. a. O. S. 315 u. A.). Jene Entscheidung ist ihrer inneren Bedeutung nach in dem Tenor mitenthalten; es liegt daher keine Inkonsequenz gegen die in Anm. 2 vertretene Auffassung vor (wie Schollmeyer a. a. O. meint); die Gründe müssen darüber Aufschluß geben, wie der Tenor in dieser Beziehung zu verstehen ist, insbesondere ob wirklich über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden ist.

Für alle anderen Einreden, z. B. für die der Zahlung (ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 150), bewendet es bei der Regel des Abs. 1. (So auch Wach, Vortr. S. 105, Mandry S. 249, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 15 Anm. 2, Klöppel a. a. O. S. 142 u. A. A. M. Bolgiano S. 369, welcher den Abs. 2 auch auf andere Einreden, Repliken usw. ausdehnt, sofern die Entscheidung über dieselben die causa proxima der Hauptentscheidung bildet. Die Theorie v. Savigny's vertritt auch hier Freudenstein a. a. O. S. 172 ff.).

5) Ueber die Wirkungen der materiellen Rechtskraft ist in der CPO. nichts bestimmt. Es bewendet also in dieser Beziehung bei dem bürgerlichen Recht. [Vgl. Wetzell S. 571 ff., Windscheid a. a. O. §§ 129 ff., v. Savigny a. a. O. S. 409 ff. u. Obligationenrecht I S. 189 ff., Förster (Eccius) I § 56, Dernburg I §§ 137, 138, Freudenstein a. a. O. S. 106 ff.;

§ 294. Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§. 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§. 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden, sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

N. Entw. § 356. Entw. I. § 269. Entw. II. § 279. Entw. III. § 284. Mot. S. 228. Prot. S. 108.

ROHG. 21 S. 316, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 209, Bülow: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885, welcher in dem Rechtsspruch eine Quelle objektiven — allerdings konkreten Rechts erblickt (vgl. dagegen Wach I S. 6 ff.). Mit Unrecht erachtet Gaupp II S. 178 die Streitfrage über die Wirkung der Rechtskraft bei Gesammtschuldverhältnissen durch § 293 dahin entschieden, daß die Rechtskraft auf einen am Prozesse nicht betheiligt gewesenen Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger nicht ausgedehnt werden kann, da der Grundsatz des Abs. 1 des § 293 sich auf die subjektive Tragweite des Urtheils gar nicht bezieht.] Ueber die Einrede der Rechtskraft bei Angabe des speziellen Erwerbsgrundes s. §§ 230 Anm. 5, 240 Anm. 2. Indessen ist zu beachten, daß die CPO. Vorschriften über die Wirkungen der Rechtshängigkeit enthält (§§ 235 ff.), und daß die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache ebensoweit reicht als die Einrede der Rechtshängigkeit. (So auch Petersen in Busch, Zeitschr. III S. 400.) Insonderheit gilt gegen und für denjenigen, welcher die streitige Sache oder Forderung erst nach eingetretener Rechtskraft erwirbt, der Grundsatz des § 236 Abs. 3 sowie der des § 238. Andere Fälle einer subjektiv ausgedehnten Rechtskraft s. in §§ 59 Anm. 2, 66 Anm. 1, 73 Anm. 7. (Vgl. auch Mandry S. 255 ff., Freudenstein a. a. O. S. 214 ff.) Wegen der ehelichen Gütergemeinschaft s. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1166.

Die Einrede steht auch der besiegten Partei zu (Windscheid I § 130 i. A., Freudenstein a. a. O. S. 31 Anm. 1).

6) Wegen der beschränkten Wirkung mancher Urtheile im Urkundenprozesse s. §§ 560 Abs. 2, 562, 563, RG. XI S. 384. Auch der im Arrestverfahren etwa hinsichtlich des Anspruchs ergehende Ausspruch wird nicht rechtskräftig (s. § 804 Anm. 2). Vgl. ROHG. 21 S. 102. Ueber die Rechtskraft der Feststellung im Konkurse s. KO. §§ 133 Abs. 2, 135, 152, 179.

7) Die Bedeutung und die Wirkung eines Urtheils ist nach dem zur Zeit des Erlasses desselben geltenden Rechte zu beurtheilen (RG. III S. 290, V S. 337, VI S. 415). § 293 hat keine rückwirkende Kraft (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 243, OLG. Jena das. Nr. 244).

8) Auch dem Revisionsrichter steht es zu, den Sinn des früheren Urtheils, auf welches die Einrede der Rechtskraft gestützt wird, frei, d. h. unabhängig von der Auslegung des Berufungsrichters, zu würdigen (RG. VII S. 351, Hellmann, Lehrb. S. 745 ff.).

§ 294.

1) Beschlüsse sind — im Gegensatz zum Urtheil (§§ 272—276) — die sonstigen Anordnungen des Gerichts, Verfügungen die Anordnungen des Vorsitzenden oder eines beauftragten oder ersuchten Richters (s. jedoch § 540).

Zu den Beschlüssen des Gerichts gehören vor allem prozeßleitende, vielfach aber auch solche, welche eine Entscheidung in der Sache enthalten (vgl. §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 99, 345, 355, 374, 593, 603 usw.) unter diesen namentlich diejenigen, welche „ohne vorgängige mündliche Verhandlung" erlassen werden können. [S. auch Wach, Vortr. S. 76 ff., Wengler, Thatbestand S. 15 Anm. 6, Hellmann, Lehrb. S. 322, v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 701, Hoffmann das. XXIV S. 743. Letzterer hält sogar für alle letztgedachten Entscheidungen — mit Ausnahme der in § 801, 802 Abs. 1 bezeichneten — die Form des Beschlusses für die allein zulässige. In den

meisten Fällen (vgl. §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 99 Abs. 3 usw.) werden diese Entscheidungen allerdings als „Beschlüsse" bezeichnet, in anderen (z. B. §§ 97, 187, 225, 688, 776, 813, 816, 820, 824) aber allgemein als „Entscheidungen" (s. unten), und unter diesen Fällen befinden sich solche, wie namentlich in §§ 97, 776, wo nicht blos die Natur der Entscheidung, sondern auch einzelne Ausdrücke, wie „verurtheilen" in §§ 773 Abs. 2, 775 Abs. 2 u. 3, auf eine Entscheidung durch Urtheil — und zwar Endurtheil über eine Nebenstreitigkeit — hinweisen. In den Fällen der §§ 801 u. 815 ist außerdem bei vorgängiger mündlicher Verhandlung ausdrücklich die Form des (End-) Urtheils vorgeschrieben (§ 802). Daß sofortige Beschwerde in allen diesen Fällen als Rechtsmittel zulässig, entscheidet nicht gegen die Form des Urtheils (vgl. §§ 701 Anm. 4, 782 Anm. 2, 813 Anm. 3).]

Ein allgemeinerer, sowohl Urtheile wie Beschlüsse und Verfügungen umfassender Ausdruck ist „Entscheidung" (§ 146 Nr. 5; vgl. auch §§ 68, 94, 248, 272, 273, 275, 276; 37, 45, 46, 48, 49, 99, 100, 117, 131; 331, 666, 669 usw.; Entscheidungen des Gerichtschreibers s. in §§ 539, 646, 662, GKG. §§ 35 Nr. 1, 38) sowie „Anordnung" (vgl. z. B. §§ 132—142, 248, 377, 465, 490, 557, 726; 390, 392, 799 usw.), welcher letztere Ausdruck freilich meistens von prozeßleitenden Verfügungen gebraucht wird.

2) Abs. 1: vgl. § 282 Anm. 2. Sind die Beschlüsse nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen, so müssen sie zugestellt werden (Abs. 3).

3) Abs. 2: Die nicht allegirten §§ 282, 284—287, 290—293 finden weder auf Beschlüsse noch auf Verfügungen Anwendung. Der Inhalt des § 290 ergiebt sich indessen in der Regel für Beschlüsse und Verfügungen von selbst, weil für dieselben die Vorschrift des § 289 nicht gilt, und für die Ausnahmefälle, in welchen ein Beschluß von dem beschließenden Gerichte selbst nicht abgeändert werden darf (vgl. § 540), ist § 290 entsprechend anzuwenden. (So auch Sarwey I S. 449 Anm. 3, Petersen § 294 Anm. a. E. u. A.)

Da § 286 Abs. 1 nicht allegirt ist, so bedarf es bei Beschlüssen nicht der Unterschrift der mitwirkenden Richter; es genügt vielmehr die des Vorsitzenden (vgl. RG. III S. 400, Johow u. Küntzel, Jahrb. d. Entsch. d. Kammerger. III S. 8; s. jedoch Gesch.Ordn. d. RG. v. 3. April 1880 § 19 — Centralbl. f. d. D. Reich S. 190).

4) Abs. 3: [Vgl. hierüber H. Meyer: Die Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen von Amtswegen. Berlin 1882, Hellmann, Lehrb. S. 306.

Wegen der Form der Zustellung s. § 156. Es werden, wenigstens in der Regel, Ausfertigungen (nicht beglaubigte Abschriften des Konzepts) zugestellt (vgl. § 156 Anm. 2, RG. III S. 376).

Die in den Fällen des Abs. 3 seitens einer Partei erfolgte Zustellung ist keine Zustellung im Sinne des Gesetzes und läßt daher den Lauf einer Nothfrist nicht beginnen (RG. III S. 375).

5) — „den Parteien" — d. h. nicht bloß dem Antragsteller, sondern auch der Gegenpartei. (So auch RG. III S. 376, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 480. Die entgegengesetzte Ansicht [v. Kräwel a. a. O. II S. 419, 420 — bei allen einseitig gestellten Anträgen], verstößt gegen den Wortlaut des Abs. 3 und wird außerdem durch ein arg. e contr. aus dem § 730 Abs. 2 widerlegt.

Es giebt indessen zahlreiche Ausnahmen von dem Grundsatze des Abs. 3. Die CPO. überläßt ausdrücklich die Zustellung an eine Partei der andern Partei in den Fällen der §§ 452, 730, 802, 815. Für andere, z. B. bei Abweisung mancher Anträge, genügt eine einfache Mittheilung (vgl. § 156 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3, A. Förster Anm. 2 u. A.). Wegen des Mahnverfahrens vgl. § 633 Anm. 1, wegen der Zwangsvollstreckung in Forderungen s. § 730 Anm. 2, 5, wegen des Arrestbefehles s. § 802 Anm. 2. [Für die Zustellung aller nicht verkündeten Beschlüsse und Verfügungen vgl. Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. VIII S. 418 ff.]

Dritter Titel. Versäumnißurtheil.

§ 295. Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

N. Entw. § 430. Entw. I. § 270. Entw. II. § 280. Entw. III. § 285. Mot. S. 228–233. Prot. S. 109–112, 119–123.

Dritter Titel.

Mot. S. 29—32, 228—232.

Literatur: Birkmeyer: Zur Lehre v. Versäumnißurtheil, in d. Mecklenb. Zeitschr. I 1 S. 1 ff., Bolgiano in Busch, Zeitschr. V S. 224 ff., H. Meyer das. IX S. 305 ff., Hellmann, Lehrb. S. 612 ff. Ueber das Kontumazialsystem nach den verschiedenen älteren Prozeßrechten vgl. die Zitate in v. Canstein, Grundlagen S. 254 Anm. 1.

1) Während die §§ 208—210 von den Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung im Allgemeinen handeln, regelt dieser Titel in den §§ 295—298, 300—302 und 312 den bedeutsamsten Fall des prozessualen Ungehorsams der Parteien, die gänzliche Versäumung der Verhandlung; diese bildet (abweichend vom gemeinrechtlichen Prozesse, nach welchem auch bei unvollständiger Vertheidigung ein Ungehorsamsurtheil ausgesprochen werden konnte) die Voraussetzung des Versäumnißurtheils (Kontumazial-Urtheils) beim Ungehorsam des Klägers (§ 295) sowohl wie des Beklagten (§ 296). In den §§ 303—311 schließt sich daran die Behandlung des Einspruchs als des ausschließlich zur Beseitigung eines Versäumnißurtheils für die säumige Partei bestimmten Rechtsbehelfs (vgl. d. allg. Bem. z. Buch 1 Abschn. 3 Tit. 4 — oben S. 215). Von theilweiser Versäumniß handelt § 299.

2) Versäumnißurtheil ist — im Gegensatz zum kontradiktorischen Urtheil — jedes beim Ausbleiben einer Partei auf Antrag ergehende Urtheil. Theilweise kontradiktorische Urtheile giebt es nicht (RG. X S. 403). Ebensowenig rechtfertigt sich nach dem Sprachgebrauch der Mot. sowie der Wissenschaft und Praxis der Unterschied (H. Meyer's in Busch, Zeitschr. IX S. 320) zwischen kontradiktorischen, Versäumnißurtheilen und nicht kontradiktorischen Urtheilen, welche nicht Versäumnißurtheile sind.

Auf das Versäumnißurtheil als eine Art des Urtheils überhaupt finden die allgemeinen Grundsätze über letzteres (§§ 272—294) Anwendung. Dasselbe kommt auch als Versäumniß-Theilurtheil vor (§ 312 Anm. 6), ausnahmsweise als Versäumniß-Zwischenurtheil (§ 312). In diesem Titel hat nur dasjenige Aufnahme gefunden, was dem Versäumnißurtheil eigenthümlich ist (vgl. Hann. Prot. XV S. 5534—5536, Bayer. PO. Art. 297 ff., Hann. PO. §§ 367 bis 374, H. E. §§ 274—279).

Wie hinsichtlich der Voraussetzungen (gänzliche Versäumung und Antrag des Gegners), so sind auch hinsichtlich der Folgen Kläger und Beklagter in diesem Titel möglichst gleichmäßig behandelt. Dem Präjudiz der Abweisung der Klage — wie bei ausdrücklichem Verzicht (§ 277) — welches gegen den ungehorsamen Kläger eintritt (§ 295), entspricht auf Seiten des ungehorsamen Beklagten das Prinzip der sog. affirmativen Litiskontestation (§ 296), und in Bezug auf beide hat das Versäumnißurtheil nur eine provisorische, mittels des Einspruchs wieder zu beseitigende Wirkung (§ 303).

Die Folgen der Versäumung treffen gleichmäßig die ladende Partei (§ 191) wie die geladene. Sie können eintreten bis zu der dem Urtheil unmittelbar voraufgehenden Verhandlung (§ 297). Andrerseits sind sie aber nicht eher verwirkt, als bis der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils gestellt und die Verhandlung darüber geschlossen ist (vgl. §§ 209 Abs. 2 u. Anm. 2, 295 Anm. 2, 300 Anm. 5).

Ueber das Versäumnißurtheil in der Berufungsinstanz s. § 504, in der Revisionsinstanz § 529, im Urkundenprozesse § 562 Anm. 1; über den Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren s. § 640. Auf das Feststellungsverfahren im Konkurse findet das Versäumungsprinzip der §§ 295 ff. keine Anwendung (Schultze: Das Deutsche Konkursrecht S. 60).

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 18—20 (negativ), GO. f. RA. §§ 16, 17.

§ 295.

1) Der § 295 handelt von dem Versäumnißurtheil gegen den Kläger. Voraussetzung des Erlasses ist das Nichterscheinen im Verhandlungstermine (nicht auch in anderen Terminen, z. B. §§ 268, 326, 327 usw.), welchem nach § 298 das Nichtverhandeln des erschienenen Klägers gleichsteht, mithin eine gänzliche Versäumung der Verhandlung. Eine nur theilweise Versäumung hat dagegen ein Versäumnißurtheil nicht zur Folge (vgl. § 299). — Im Zweifel ist der versäumte Termin als zur mündlichen Verhandlung bestimmt anzusehen, selbst wenn der nächste Zweck desselben in der Aufnahme eines zugelassenen Beweises bestand (vgl. §§ 297, 332, 335).

2) — „auf Antrag" — Der Erlaß eines Versäumnißurtheils gegen den Kläger setzt also ferner einen Antrag des Beklagten voraus, welcher nach allgemeinen Grundsätzen in dem Verhandlungstermine zu stellen ist, während im Uebrigen die Folgen der Versäumung regelmäßig von selbst eintreten. Stellt der Beklagte den Antrag nicht, so kann entweder auf dessen Antrag die Verhandlung vertagt werden (vgl. § 300), oder das Verfahren bleibt ruhen (§ 228). Vgl. auch § 298 Anm. 2.

Ueber den Zeitpunkt der Versäumung bzw. der Stellung des Antrags s. §§ 197 Abs. 2, 209 Abs. 2.

3) Die Folge der Versäumniß (Kontumazialfolge) besteht darin, daß der Kläger mit der Klage abgewiesen wird. Dieses Urtheil ist wie ein kontradiktorisches geeignet, materielle Rechtskraft gegen den Kläger zu begründen (RG. VII S. 395). Hierin liegt eine Abweichung von dem gemeinen Rechte und fast allen neueren Gesetzgebungen, welche meistens anordnen, daß die Klage für nicht angebracht zu erklären oder der Beklagte von der Instanz zu entbinden sei (Preuß. AGO. I 20 § 19, Bayer. PO. Art. 303, Hann. PO. § 367 ɩc.). Die CPO. droht ein schärferes Präjudiz, um den Kläger nicht günstiger zu stellen als den Beklagten, und sucht einen Schutz gegen daraus entspringende Härten in der Leichtigkeit des Einspruchs. — Eine völlige Gleichstellung des Klägers und des Beklagten ist auch durch den § 295 nicht erreicht; vielmehr ist, während nach der bisherigen Gesetzgebung der Kläger meistens in günstigerer Lage sich befand, gegenwärtig die des Beklagten eine günstigere, weil gegen ihn der Verzicht auf die Vertheidigung nicht unbedingt angenommen wird, der Grundsatz der sog. affirmativen Litiskontestation sich vielmehr auf das thatsächliche Vorbringen des Klägers beschränkt (§ 296); wogegen der Verzicht des Klägers auf den Anspruch ganz absolut und ohne Rücksicht auf den vorbereitenden Schriftsatz und sogar auf das frühere thatsächliche mündliche Vorbringen des Beklagten (welcher z. B. unter Zugeständniß des Klagegrundes nur die dilatorische Einrede der Stundung vorschützt) angenommen wird, und die Abweisung ohne jede sachliche Prüfung eintritt [vgl. RG. a. a. O., Meisner: Noch ein Wort in letzter Stunde S. 50, Siebenhaar S. 343 ff., v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 718, Fitting § 63 S. 229, Sarwey I S. 452, Gaupp II S. 185, H. Meyer a. a. O. u. A. Auf Antrag des Beklagten kann jedoch auch eine Abweisung „zur Zeit" oder „wegen Unzuständigkeit des Gerichts" erfolgen (vgl. Bolgiano S. 430 Anm. 12a u. a. a. O. S. 238 ff., Seuffert Anm. 3 a. E., Endemann II S. 149, Petersen §§ 295—299 II 3 i. A., Wilm. Levy Anm. 5 u. A.]. S. auch § 767.

Fehlt jedoch eine von Amtswegen zu beachtende Prozeßvoraussetzung, z. B. die — auch durch Prorogation nicht herzustellende (§ 40) — Zuständigkeit des Gerichts, so kann letzteres nach § 300 Nr. 1 ein Versäumnißurtheil nicht erlassen, sondern muß, sofern der prozessualische Mangel durch die Partei nicht zu heben ist — ist dies der Fall, so wird nur der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils nach § 300 durch Beschluß zurückgewiesen — von Amtswegen die erhobene Klage als unstatthaft (in angebrachter Maße) zurückweisen. (Wach, Vortr. S. 132 ff. und in Gruchot, Beitr. XXIV S. 715 Anm. 20 u. S. 716 Anm. 22, Siebenhaar S. 343 Anm. ***, Fitting a. a. O., Bolgiano S. 440 u. a. a. O. S. 231 ff., Wilm. Levy a. a. O., Osterloh in Busch,

§ 296. Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

N. Entw. § 431, 432. Entw. I. § 271. Entw. II. 281. Entw. III. § 286. Mot. S. 228–233. Prot. S. 112–114.

Zeitschr. III S. 61, Petersen a. a. O., Barazetti: Zur Lehre v. d. Prozeßfähigkeit S. 32 ff., jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. 3 u. A. A. M., weil die Klage gar nicht vorgetragen werde: Hellmann II S. 169, Sarwey I S. 452, Gaupp II S. 183 ff., H. Meyer a. a. O. S. 335 ff.) Dies Urtheil ist ein kontradiktorisches, weil es nicht auf der Verwirklichung eines aus der Versäumniß entspringenden Nachtheils beruht (Seuffert a. a. O., Wilm. Levy a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 631. A. M.: Petersen a. a. O., Kleiner II S. 202, 203). Vgl. oben S. 350, §§ 296 Abs. 2 u. Anm. 5, 560 Abs. 2.

Abweichungen bezüglich der Wirkungen der Versäumniß des Termins seitens des Klägers treten ein in den Fällen der Klage auf Nichtigkeit der Ehe, sowie auf Anfechtung oder Aufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit. Vgl. §§ 585 Anm. 3, 611 Anm. 1.

4) Auf die Widerklage — jedoch, da solche nur mündlich erhoben werden kann (§§ 251 Abs. 1, 253), nur auf die in einem früheren Verhandlungstermine erhobene — findet § 295 entsprechende Anwendung. (Vgl. § 312 Abs. 1, Seuffert Anm. 6, Petersen a. a. O. II 2 u. A. A. M. Lippmann im civ. Arch. 65 S. 391 ff.; s. gegen ihn Hellmann, Lehrb. S. 630 ff.)

§ 296.

1) Der § 296 handelt von dem Versäumnißurtheil gegen den Beklagten. § 295 Anm. 1 und 2 finden hier entsprechende Anwendung.

Abweichende Vorschriften enthalten die §§ 578, 611, 620, 624, 626.

2) Die Folge der Versäumniß des Beklagten besteht darin, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers unbedingt und ohne Rücksicht darauf, ob dem Gerichte die behaupteten Thatsachen zweifelhaft erscheinen (A. M. rücksichtlich offenkundiger Thatsachen Bolgiano in Busch, Zeitschr. V S. 226), oder ob Beweis dafür erboten ist, als zugestanden angenommen wird (Prinzip der sog. affirmativen Litiskontestation; ein mit Recht von Birkmeyer im civ. Arch. 66 S. 53, 82 u. Endemann in Böditer, Mag. V S. 208 Anm. 2 getadelter Ausdruck); sie ist mithin nicht eine bloße Präsumtion, sondern eine Fiktion. Hiermit weicht die CPO. von dem gemeinrechtlichen Prozesse ab, in welchem der Grundsatz der sog. negativen Litiskontestation sich ausgebildet hat (Wetzell S. 612 ff., Renaud S. 483 ff.), sowie von dem französischen Prozeßrecht, nach welchem der Eintritt eines gesetzlichen Präjudizes vom Ermessen des Richters abhängt, entspricht aber dem früheren preußischen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungen.

[Auch hier macht sich die (entgegengesetzte) Auffassung Bülow's (civ. Arch. 62 S. 22 ff.) geltend, welcher, den Begriff der fingirten, insonderheit der affirmativen Litiskontestation bekämpfend, die Versäumnißfolgen auf das Rechtsverwirkungsprincip zurückführt (vgl. §§ 129 Anm. 1, 208 Anm. 5). S. dagegen Wach, Vortr. S. 112, 113 sowie in Grünhut, Zeitschr. VI S. 515 ff., 593 ff., VII S. 146 ff., Leonhard: Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der D. CPO. Fiktionen? S. 26 ff. u. in Busch, Zeitschr. IV S. 406 ff., Birkmeyer a. a. O. S. 22 ff., 53 ff., Reuling: Zustellung einer Klage ohne Terminsbestimmung S. 5. Während Bülow weder Defensionspflicht noch Erklärungspflicht (Einlassungspflicht), sondern nur eine Berechtigung zur Abwehr bzw. zum Bestreiten anerkennt und die §§ 129, 296 daraus erklären will, daß das Bestreiten beweisbedürftig mache (so auch Petersen § 129 Nr. 1 u. in Busch, Zeitschr. III S. 261 Anm. 11, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 111 Anm. 1, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 135, 139, Fitting das. VI S. 310), geht Wach von einer positiv-rechtlichen Erklärungs-

pflicht neben der allgemeinen Defensionspflicht aus und knüpft die Wirkungen der Kontumaz an eine prozessualische Pflichtversäumniß. Vgl. auch § 235 Anm. 1 u. § 504. Im Ganzen auf Seiten Wach's stehen die (älteren) Ausführungen von Degenkolb, Einlassungszwang und Klagerecht S. 20 ff.; jedoch identifizirt dieser Einlassungs- und Erklärungspflicht und behandelt die Kontumaz als Delikt. Vgl. auch Plósz: Beitr. z. Theorie des Klagerechts S. 132 ff., Fitting § 63 S. 228, 229, Schultze a. a. O. S. 61 Anm. 1 u. bes. S. 146 Anm. 1, welcher zwischen Einlassungszwang und Einlassungspflicht unterscheidet, v. Amsberg im civ. Arch. 65 S. 101 ff., welcher keine Defensionspflicht, wohl aber eine Erklärungspflicht im Sinne Wach's (nach §§ 129, 404, 417) anerkennt.]

Nur das mündliche Vorbringen ist rücksichtlich der Entscheidung über die Folgen der Versäumniß maßgebend; der Inhalt der Schriftsätze, insbesondere der Klageschrift, kommt nur insoweit in Betracht, als er in der mündlichen Verhandlung wiederholt ist (vgl. § 119 Anm. 1). Andrerseits wird freilich vorausgesetzt, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen dem Beklagten vorher rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war (§ 300 Abs. 1 Nr. 3).

Wegen des Urkundenprozesses s. §§ 560, 562; Busch, Zeitschr. II S. 482 ff., III S. 191 ff., 291.

3) Der Grundsatz der sog. affirmativen Litiskontestation bezieht sich schon nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes („das thatsächliche mündliche Vorbringen" — nicht die die Klage begründenden Thatsachen) wie nach den Verhandlungen der RTK. (Prot. S. 112—114) auch auf diejenigen Thatsachen, welche zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts, z. B. beim Gerichtsstande des Vertrags, dienen (N. E. § 432), falls solche angeführt sind. [Die bloße Klageerhebung enthält noch nicht die (stillschweigende) Behauptung bzw. Begründung der Zuständigkeit (vgl. Fitting a. a. O. S. 313. A. M. Wach im civ. Arch. 62 S. 394.)] Eine Ausnahme bilden jedoch diejenigen Thatsachen, welche einen der Vereinbarung nicht unterliegenden Gerichtsstand begründen (§ 40 Abs. 2); auf letztere bezieht sich wegen Mangels der Dispositionsmaxime die Fiktion nicht (Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 405 ff.; vgl. auch §§ 129 Anm. 2 a. E., 295 Anm. 3). Die Annahme, daß die Versäumnißfolge des § 296 die Zuständigkeit des Gerichts voraussetze, ist unbegründet. [Gegenüber fast sämmtlichen Kommentatoren sowie v. Amsberg a. a. O. S. 70 ff., 84 ff., 98 ff., Renaud in Busch, Zeitschr. V S. 44 ff., Fitting das. VI S. 310 ff., Just im civ. Arch. 68 S. 306 ff., Hellmann, Lehrb. S. 631 ff. und der Rechtsprechung d. Reichsgerichts (RG. I S. 438, II S. 409) sind anderer Meinung: Wach in Gruchot, Beitr. XXXIV S. 714 ff., Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 395 ff. u. Birkmeyer: Das gegenseitige Verhältniß der §§ 38 ff., u. 247 Z. 1 u. Abs. 3 d. CPO. S. 70 ff., besonders Anm. 178 und in Busch, Zeitschr. V S. 136 ff., VII S. 488 ff., welche mit Unrecht darauf besonderes Gewicht legen, daß der Kläger sonst im Stande sein würde, durch die gänzlich aus der Luft gegriffene Behauptung irgend einer die Zuständigkeit begründenden Thatsache die Zuständigkeit des Gerichts herbeizuführen, sowie Seuffert Anm. 2, welcher zwar ein fingirtes Geständniß annimmt, demselben aber inkonsequenterweise für den Richter keine bindende Kraft beimißt (s. dagegen Fitting a. a. O. S. 318 ff. u. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 406 ff.). Da eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit — abgesehen von den Fällen der ausschließlichen — zulässig ist, fällt dieselbe nicht unter die nach § 300 Nr. 1 von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte. Der Einwand Birkmeyer's, daß, wenn der Ausdruck „das thatsächliche mündliche Vorbringen" die die Zuständigkeit begründenden Thatsachen ergreife, er ebensowohl alle von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (§ 300 Nr. 1) ergreifen müsse, ist eben deßhalb nicht zutreffend, weil bezüglich der letzteren jede Disposition der Parteien ausgeschlossen ist und mithin insoweit der Satz des § 296 Abs. 1 durch den Grundsatz des § 300 Nr. 1 eingeschränkt wird.] Anträge, in dieser Hinsicht eine Beschränkung des Grundsatzes eintreten zu lassen, wurden von der RTK. abgelehnt. Dagegen ist die Frage, ob aus den angeführten Thatsachen die Zuständigkeit des Gerichts sich ergiebt, von Amtswegen zu prüfen; die Versäumung enthält keine Prorogation (§ 39 Anm. 2).

§ 297. Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung

---

4) Abs. 2: Da die Fiktion der bejahenden Klagebeantwortung (Abs. 1) sich auf die Thatsachen beschränkt, so hat das Gericht zu prüfen, ob diese Thatsachen den vom Kläger daraus gezogenen Schluß, d. h. den Klagantrag (petitum), rechtfertigen, wobei übrigens nicht bloß die klagebegründenden Thatsachen, sondern auch die vom Kläger zugestandenen — wenngleich vom Beklagten zuvor nicht behaupteten — Einreden zu berücksichtigen sind (Gaupp II S. 187, Förster (Eccius) I § 53 Anm. 16). Die Rechtsfrage unterliegt so wenig hier, wie sonst in der CPO., abgesehen von § 295, dem Grundsatze des stillschweigenden Verzichts der Parteien. Da nach dem allgemeinen Grundsatze des § 208 der Beklagte aller Einreden und Gegenanträge, welche er in der mündlichen Verhandlung hätte vorbringen können, ohne Weiteres verlustig wird, so ist es völlig konsequent, wenn Abs. 2 die Frage, ob und inwieweit nach dem Klagantrage zu erkennen sei, lediglich davon abhängig macht, inwieweit das mündliche thatsächliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag rechtfertigt. Als genügendes thatsächliches Vorbringen ist aber die bloße Behauptung eines dinglichen Rechts (z. B. Eigenthum, Servitut usw.) ohne Angabe des Entstehungsgrundes, wenigstens soweit dasselbe die unmittelbare Grundlage des erhobenen Anspruchs bildet, nicht anzusehen (vgl. § 230 Anm. 4, 5, Bolgiano in Busch, Zeitschr. V S. 227 ff. A. M.: Petersen §§ 295—299 III 4 u. in Busch, Zeitschr. III S. 425 ff., Seuffert Anm. 2 a. E. in Konsequenz ihrer Auffassung vom Klagegrunde, ferner Hellmann, Lehrb. S. 673, Francke in Bödiker, Mag. II S. 209). — Auf die Fälle des § 297 findet der Abs. 2 des § 296 selbstverständlich gleichfalls Anwendung (Prot. S. 114).

5) — „abzuweisen" — d. h. je nach den Umständen definitiv — so auch in den Fällen mangelhafter Substantiirung [nicht bloß „wie angebracht" (A. M.: Wach, Vortr. S. 24, Kleiner II S. 209 Anm. 13; vgl. § 130 Anm. 3)] — oder „zur Zeit" oder, wenn es an den Prozeßvoraussetzungen fehlt, „wie angebracht" usw. Das Urtheil ist insoweit ein kontradiktorisches (vgl. §§ 295 Anm. 3 a. E., 303 Anm. 4, OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 39 Nr. 151, Seuffert Anm. 2 i. A.).

6) Auch auf die Widerklage ist § 296 entsprechend anzuwenden (§ 312 Abs. 1). [Weshalb die Widerklage mit der Stellung des Kontumazialantrags in Bezug auf die Klage unvereinbar sein soll (Endemann II S. 149 Anm. 7) ist nicht abzusehen.] Selbstverständlich muß dieselbe in einer früheren Verhandlung erhoben oder in dem dem Kläger zugestellten vorbereitenden Schriftsatze enthalten sein. (Vgl. Anm. 2 a. E.) In letzterem Falle hat der Widerkläger in dem Termine, in welchem er nach § 295 die Abweisung der Klage beantragt, zugleich die Widerklage zu erheben und auf Grund des § 296 das Versäumnißurtheil zu beantragen. [Wach, Präklusion und Kontumaz S. 10 Anm. und Vortr. S. 41 Anm. *, Gaupp II S. 84 u. 184, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 131, 132 Anm. 166, Bolgiano a. a. O. S. 229 ff, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 392, A. Förster Anm. 3, jetzt auch Seuffert §§ 33 Anm. 7, 295 Anm. 6, 296 Anm. 5, halten dies für unzulässig, weil die Geltendmachung der Widerklage den Vortrag der Klage voraussetze; allein letzteres ist weder im Gesetze ausgesprochen, noch folgt es aus allgemeinen Grundsätzen, da die Rechtshängigkeit und mithin auch die Möglichkeit, eine Widerklage zu erheben (vgl. § 235 Anm. 8), nach § 235 bereits mit Zustellung der Klageschrift eintritt. Auch der Grund von Wilm. Levy Anm. 4, daß der Beklagte erst durch die mündliche Erhebung der Widerklage zum Widerkläger werde, ist nicht schlagend, weil der Kläger in Folge der schriftlichen Ankündigung die Absicht des Beklagten, im Termine als Widerkläger aufzutreten, vorher kannte, und daher eine entsprechende Anwendung des Falls, in welchem der Beklagte trotz der zuvorigen Zustellung der Klageschrift im Termine nicht erscheint, nicht ausgeschlossen ist. Uebereinstimmend: Petersen §§ 295—299 III 2, Fitting § 63 S. 230, Sarwey I S. 454, Hellmann II S. 172 u. Lehrb. S. 636, Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 868 u. A.; vgl. auch RG. VIII S. 380, H. Meyer a. a. O. S. 341.]

vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

N. Entw. § 439 Nr. 1. Entw. I. § 272. Entw. II. § 282. Entw. III. § 287. Mot. S. 25—29, 228—233. Prot. S. 114, 119—123.

---

§ 297.

1) Der § 297 hängt mit der Konstruktion des ganzen Verfahrens, insbesondere dem Grundsatze der Beweisverbindung (oben S. 282, 290) und der Aufhebung der Eventualmaxime (S. 281), eng zusammen. Da — abgesehen von den prozeßhindernden Einreden (§ 247) — das Verfahren eine Zäsur nicht kennt, so erscheint die gesammte mündliche Verhandlung, auch wenn sie sich über mehrere Termine erstreckt, und ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses eintritt, als ein Ganzes, und innerhalb dieses Ganzen stellt sich diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar voraufgeht, mithin die letzte, prinzipiell als die entscheidende dar, d. h. in dem Sinne, daß nichts Thatsächliches bei der Urtheilsfällung berücksichtigt werden darf, was nicht bei dieser Verhandlung unmittelbar vorgebracht, oder worauf nicht, wenn es in früheren Terminen bereits vorgebracht war, in dieser Verhandlung in zulässiger Weise Bezug genommen ist (§ 119 Anm. 6). Vgl. Mot. S. 26.

2) Die unabweisliche Konsequenz dieser Ungetrenntheit des Verfahrens ist einmal die, daß das Versäumnißurtheil bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, zulässig sein muß, und zweitens, daß eine Partei, sei es der Kläger oder der Beklagte, welche eine bestimmte mündliche Verhandlung versäumt, in gleicher Weise zu behandeln ist, möge nun die Versäumung in der ersten oder in einer weiteren zur Fortsetzung jener Verhandlung anberaumten Gerichtssitzung eintreten, daß mithin der Kläger, auch wenn er erst in einer späteren Sitzung ausbleibt, als auf den Anspruch verzichtend und der Beklagte in gleichem Fall als der Klagethatsachen geständig und aller Einreden verlustig angesehen wird. Eine Ausnahme s. in § 310 — vgl. das. Anm. 1.

In ersterer Hinsicht weichen zwar manche neueren Gesetze und Entwürfe — z. B. Hann. PO. §§ 239, 367—370, H. E. §§ 274—276, 305, N. E. §§ 430—439, 450—454 — insofern ab, als sie ein eigentliches Versäumnißurtheil nur bis zum Erlaß des Beweisurtheils bzw. des Beweisbeschlusses (Hauptverhandlung, erste mündliche Verhandlung) zulassen und für das Beweisverfahren besondere Regeln über die Versäumung der Termine geben; aber alle jene Gesetzgebungswerke haben mehr oder weniger die Eventualmaxime und eine formelle Scheidung des Hauptverfahrens in erstes Verfahren und Beweisverfahren beibehalten.

In der zweiten Hinsicht kommen gleichfalls mancherlei Abweichungen vor. Das französische Recht (vgl. auch P. E. § 312) geht von dem Satze aus, daß durch das bloße Verlesen der conclusions motivées der Rechtsstreit dergestalt kontradiktorisch wird, daß kein Versäumnißurtheil mehr ergehen kann, auch wenn bei der in einer späteren Sitzung stattfindenden mündlichen Verhandlung eine Partei nicht erscheint, und andere Gesetze, z. B. Hann. PO. § 370, enthalten die Bestimmung, daß, insoweit eine Partei bereits mündlich verhandelt hat, das Versäumnißurtheil lediglich dasjenige fernere Vorbringen ergreift, wozu sie berechtigt oder verpflichtet war. (Vgl. hierüber Hann. Prot. V S. 1725—1730, XV S. 5553, Leonhardt: Zur Reform II S. 23.)

3) Die Konsequenzen des in Anm. 1 u. 2 geschilderten, in § 297 adoptirten Systems der Kontumazialfolgen können freilich in manchen Fällen sehr befremdliche und wenig erwünschte sein. So kann eine bis weit in das Beweisverfahren hinein vorgeschrittene mündliche Verhandlung durch den Erlaß des Versäumnißurtheils bis auf den Anfang zurückgeworfen, ein Kläger, der in verschiedenen Terminen deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er seine Klage aufrecht erhalten wolle, als auf seinen Anspruch verzichtend angesehen werden, wenn er in einem späteren Termine ausbleibt, und umgekehrt ein im Beweisausführungstermine nicht erscheinender Beklagter für ge-

§ 298. Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

N. Entw. — Entw. I. § 276. Entw. II. § 283. Entw. III. § 288. Mot. S. 232, 233. Prot. S. 114, 115.

---

ständig betrachtet werden, obwohl das Beweisverfahren bereits den Ungrund des klägerischen Anspruchs dargethan hatte, usw. Ja, es können sogar früher erlassene Zwischenurtheile, Urtheile über prozeßhindernde Einreden usw., wenn auch nicht direkt aufgehoben werden, doch, weil sie in Folge des Versäumnißurtheils in der Hauptsache jede Bedeutung verlieren, mittelbar in Wegfall kommen [s. §§ 248 Anm. 3; 275 Anm. 1, 2; 276 Anm. 4; 307 Anm. 1; vgl. auch RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 68, Seuffert Anm. 2, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 471 ff., Hönemann in Gruchot, Beitr. XXV S. 862. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 615 ff., welcher unter Verkennung der Natur eines Zwischenurtheils, das einem bedingten Endurtheil (vgl. § 427 Anm. 2) nicht gleichsteht, und unter Anwendung eines unrichtigen arg. e contr. aus § 297 (vgl. „nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses") nach Erlassung eines Zwischenurtheils über selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel ein Versäumnißverfahren für unzulässig hält]. Diese Mißstände verlieren dadurch erheblich an Gewicht, daß das Versäumnißurtheil vorläufig nur formaler Natur ist, und mittels des Einspruchs der Rechtsstreit sehr leicht wieder in die Lage zurückgebracht werden kann, in welcher er sich vor Erlaß des Versäumnißurtheils befand (§ 307). Auch kann in manchen Fällen durch Theilurtheile, welche durch ein bezüglich eines noch unerledigten Theils später erlassenes Versäumnißurtheil nicht berührt werden, den weittragenden Folgen der Versäumnißurtheile theilweise vorgebeugt werden. Immerhin aber bleiben — abgesehen von den unausbleiblichen Verzögerungen — praktische Schwierigkeiten, wenn nach Wiederherstellung der früheren Prozeßlage ein Wechsel in dem Richterpersonal eingetreten ist oder dieselben Richter die früheren Verhandlungen nicht im Gedächtnisse behalten haben; denn alsdann muß, um zum Endurtheil zu gelangen, das gesammte frühere thatsächliche Vorbringen — einschließlich der etwaigen in der Sitzung selbst erfolgten Beweisaufnahmen — wiederholt werden. (Vgl. Meisner: Noch ein Wort ꝛc. S. 48 ff., Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 603 ff., XV S. 347, Endemann II S. 153 ff.)

Wegen der Termine nach dem bedingten Endurtheil s. § 427 Anm. 2.

4) Auf Anfrage konstatirte der Regierungsvertreter in der RTK., daß auf die Fälle des § 297 der § 296 Abs. 2 selbstverständlich, § 300 Nr. 3 je nach Lage des Falls anwendbar sei. Die Anwendbarkeit des § 300 Nr. 3 wird stets eintreten, wenn das thatsächliche mündliche Vorbringen oder ein Antrag nicht zu dem neuen Termine oder bereits früher mittels Schriftsatzes rechtzeitig mitgetheilt oder in einer früheren kontradiktorischen Verhandlung durch Verlesung bzw. Aufnahme in eine Anlage des Sitzungsprotokolls festgestellt (§§ 269, 270) war. Dies gilt auch hinsichtlich der Widerklage und der Inzidentfeststellungsklage (vgl. § 296 Anm. 6).

§ 298.

1) Nur, wer gar nicht, nicht, wer unvollständig verhandelt (§ 299), wird als nicht erschienen angesehen. Ob eine Partei gar nicht verhandelt hat, ist, abgesehen von § 74 (vgl. § 74 Anm. 1), quaestio facti (vgl. Hann. Prot. V S. 1695 ff., 1733 ff.). Doch wird stets ein Verhandeln zur Sache (nicht zu verwechseln mit Verhandeln zur Hauptsache; vgl. §§ 243 Anm. 4, 247 Anm. 2, GVG. §§ 106 Anm. 1 u. 103 Abs. 2; Wach, Vortr. S. 117 „zum terminlichen Verhandlungsgegenstand") vorausgesetzt; als solches kann ein bloßer Vertagungsantrag oder ein Antrag, auf Grund eines der Mängel des § 300 den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zurückzuweisen, nicht angesehen werden. (Zustimmend Hellmann II S. 174, Fitting S. 228, Sarwey I S. 456, 457, Seuffert Anm. 2 u. A.)

Ungeachtet des GKG. § 19 und der GO. f. RA. §§ 16, 17 (vgl. § 128 Anm. 1) ist in der bloßen Stellung des Antrags (§ 269) nicht schon ein Verhandeln im Sinne des § 298 zu befinden; das Stellen der Anträge leitet nach § 128 Abs. 1 die Verhandlung, welche in der Aus-

§ 299. Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 284. Entw. III. § 289. Mot. S. 233, 234. Prot. S. 115.

---

einandersetzung des Rechtsstreits besteht (vgl. §§ 39, 43 a. E., 73, 241, 243, 247, 465 ꝛc.), nur ein, ist aber nicht ein Theil der Verhandlung selbst [Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 27 Anm. 63, Rechtsfälle S. 136 ff. (u. dazu Seuffert in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 501 ff.), sowie im civ. Arch. 66 S. 28 ff., Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 255, Hellmann, Lehrb. S. 416 ff., Petersen § 295—299 I 2, S. 501, Kleiner I S. 214, Seuffert a. a. O., Wilm.-Levy Anm. 1 u. A.. Auch die Mot. z. GKG. S. 51 sagen: „Vorausgesetzt wird, daß beide Theile verhandeln, und daß dem Antrage einer Partei ein Antrag der Gegenpartei widerspricht." A. M.: OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IV S. 447, Fitting § 63 Anm. 2, Endemann in Böhlau, Mag. V S. 164 ff., 212 ff., welche schon die Stellung der Anträge als Beginn der Verhandlung ansehen. Eine gezwungene und praktisch schwer durchführbare Unterscheidung macht RG. X S. 386, indem es für Sache des einzelnen Falls erklärt, ob die Partei mit dem Verlesen des Antrags schon zur Sache verhandelt hat. (Auch nach A. Förster Anm. 2c soll es auf den konkreten Inhalt des Parteiverlangens ankommen.) Denn die Anträge des § 269 haben an sich einen gleichen, bestimmt vorgeschriebenen Charakter, und wenn sie im einzelnen Fall unzulässiger Weise darüber hinausgehen, so kann ein Verlesen dieses überflüssigen Theils nicht als ein mündliches Verhandeln bezeichnet werden, wogegen allerdings eine frei vorgetragene, wenngleich nur allgemeine Begründung oder auch die Erklärung, sie habe dem Antrage nichts beizufügen, oder, sie überlasse die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts, diesen Charakter an sich trägt. So auch Petersen a. a. O., Seuffert a. a. O.] Im Uebrigen s. wegen des unvollständigen Verhandelns § 299 Anm. 1.

2) Wenn diejenige Partei, welche erschienen ist, zwar zur Sache verhandelt, aber einen Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils nicht stellt, so ist, wie der Vertreter der Reichsregierung auf Anfrage in der RTK. erklärte, da ein Versäumnißurtheil nach den §§ 295 und 296 nur auf Antrag ergehen kann, die Sache so anzusehen, als wären beide Theile ausgeblieben (§ 228).

3) Inwieweit beim Nichterscheinen einzelner Streitgenossen ein Versäumnißverfahren stattfinden kann, vgl. §§ 58 Anm. 2, 59 Anm. 3.

4) Ueber die Fälle, in denen eine Partei zwar erschienen, aber ihr der Vortrag untersagt oder sie von dem Orte der Verhandlung entfernt ist, vgl. §§ 143, 144.

Hat sich eine Partei freiwillig vor dem Schlusse der Verhandlung entfernt, so ist es, wie Wach, Vortr. S. 117 treffend bemerkt, nicht anders, als wenn sie anwesend bleibt, aber nicht weiter verhandelt. Je nach Lage der Sache findet also § 298 oder 299 Anwendung. (So auch Endemann II S. 145.)

5) Ob die Partei, welche nicht verhandelt, gehörig geladen war, ist unerheblich; der Mangel wird durch § 267 gedeckt. Die Fiktion des § 298 drückt nur aus, daß das Versäumnißurtheil, wie gegen eine nicht erschienene Partei, zulässig ist (vgl. Schneider im civ. Arch. 66 S. 285 ff., Seuffert Anm. 5). Vgl. § 300 Anm. 3.

§ 299.

1) Der § 299 bezieht sich — im Gegensatz zu der gänzlichen Versäumung in den §§ 295 bis 298 — auf die theilweise Versäumung der Verhandlung, das unvollständige Handeln innerhalb des Verhandlungstermins. Das Gesetz gewährt regelmäßig gegen derartige Versäumungen keine Abhülfe (§ 209); nur ausnahmsweise beim Vorhandensein restitutionsähnlicher Gründe wird eine Nachholung gestattet (vgl. § 209 Anm. 3); ein Versäumnißurtheil aber und damit die Möglichkeit des Einspruchs für die säumige Partei findet — abgesehen von dem besonderen Falle des § 430 — niemals statt, weil es zu den größten praktischen Schwierigkeiten

§ 300. Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

---

führen würde, einem und demselben Urtheil theilweise den Charakter eines kontradiktorischen und theilweise den eines Versäumnißurtheils beizulegen (vgl. d. allg. Bem. zu d. Tit. unter 2, § 297 Anm. 2 a. E., Nordd. Prot. S. 626, 627). Die nachtheiligen Folgen des unvollständigen Handelns innerhalb der Verhandlung sind vielmehr, wie die Mot. es treffend ausdrücken, lediglich geeignet, Prozeßmaterial für das künftig ergehende Kontradiktorium zu schaffen. Vgl. auch § 298 Anm. 4. Hierher gehört insbesondere der Fall, wenn in unrichtiger Anwendung der §§ 247, 248 der Beklagte auf Grund vermeintlicher prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert. [So auch Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 2, Wilm. Levy § 298 Anm. 1, Gaupp II S. 191 ff., RG. X S. 386, OLG. Stuttgart in Busch, Zeitschr. VII S. 103, H. Meyer das. IX S. 322 ff. (welcher jedoch einen Unterschied je nach den einzelnen Prozeßvoraussetzungen macht). A. M. Pfizer in Gruchot, Beitr. XXVI S. 17 ff., welcher im Widerspruch mit dem deutlichen Wortlaut des § 299 wie des § 298 und dem Inhalt der Mot. den unbestimmten Satz aufstellt, daß, wenn über das Wesentliche des Rechtsstreits nicht verhandelt sei (insbesondere nur über Prozeßvoraussetzungen) nur ein Versäumnißurtheil zu ergehen habe. Aehnlich jetzt auch Seuffert § 298 Anm. 2 Abs. 2.]

Dagegen tritt im landgerichtlichen Verfahren (im amtsgerichtlichen nur, wenn das Gericht nach § 465 die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat) Versäumnißurtheil zur Hauptsache ein, wenn der Beklagte nach § 248 auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert hatte und nach Verwerfung dieser Einreden — sei es in demselben oder in einem späteren Termine — zur Hauptsache nicht verhandelt. (So auch Petersen §§ 295—299 II 2 a. E., Obermeyer in Blätt. f. Rechtsanwendg. 46 S. 369 ff. A. M.: Sarwey I S. 456, 457, Hellmann II S. 174.) Andererseits ist wegen Nichtverhandelns über prozeßhindernde Einreden Versäumnißzwischenurtheil zulässig (vgl. § 312 Anm. 3).

In einem Termine, welcher zur Verhandlung eines Zwischenstreits und der Hauptsache bestimmt ist, liegt unvollständiges Handeln nach § 299 vor, wenn eine Partei nur über den einen oder den andern Gegenstand verhandelt. (So auch Petersen § 312 Nr. 3.)

2) Die Folgen der Nichterklärung sind bezüglich der wichtigsten innerhalb einer Verhandlung vorkommenden Prozeßhandlungen vom Gesetze speziell geregelt (vgl. §§ 129, 392, 404, 417, 429, 434); soweit dieses nicht der Fall, entscheidet nach Maßgabe des § 259 die freie Ueberzeugung des Richters (s. auch Birkmeyer: Zur Lehre von der Versäumniß S. 25 ff.).

3) Wird in den Fällen des § 299 mit Unrecht ein Versäumnißurtheil beantragt, so hat das Gericht den Antrag nach § 301 zurückzuweisen, kann dagegen nicht — weil der Antrag fehlt — ein kontradiktorisches Urtheil erlassen. Umgekehrt kann auch nicht, wenn in Fällen vollständiger Versäumniß mit Unrecht ein kontradiktorisches Urtheil beantragt ist, das Gericht ein Versäumnißurtheil erlassen, da letzteres nicht ein minus (wie Seuffert § 298 Anm. 2 meint), sondern ein aliud ist. (So auch Gaupp II S. 192.) Gegen die das kontradiktorische Urtheil zurückweisende Entscheidung findet ein selbständiges Rechtsmittel nicht statt, auch nicht die Beschwerde nach § 229 (vgl. Gaupp a. a. O.). Es ist nur der Einspruch gegen das Versäumnißurtheil möglich.

§ 300.

1) Der § 300 zählt drei Fälle auf, in denen der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils zurückgewiesen werden muß („ist zurückzuweisen"), weil der Antragsteller selbst in bestimmter Richtung säumig gewesen ist. Auf diese Fälle bezieht sich die Befugniß des Gerichts, von Amtswegen zu vertagen (§ 302), nicht. (So auch Seuffert Anm. 3 i. A., Endemann II S. 158, Hellmann II S. 176, 177 u. A.)

— „unbeschadet — — zu beantragen" — Das Recht der erschienenen Partei, Vertagung — namentlich auch behufs besserer Substantiirung der Klage — zu beantragen, ist, wie

1. wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2. wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3. wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

N. Entw. §§ 433, 435, 436. Entw. I. § 273. Entw. II. § 285. Entw. III. § 290. Mot. S. 233. Prot. S. 112–114, 533.

aus dem Ausdruck „unbeschadet" zu schließen, ein unbedingtes. (So auch Sarwey I S. 458, Hellmann II S. 177, Gaupp II S. 194, A. Förster Anm. 1b u. A. A. M.: Wach, Vortr. S. 25, 26, Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 274 ff., Kleiner II S. 216.)

Die erschienene Partei kann übrigens die Vertagung nicht bloß beantragen, bevor sie einen Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils gestellt hat, bzw. bevor über letzteren Antrag entschieden ist, sondern auch nachdem der letztere Antrag vom Gerichte zurückgewiesen ist, da der zurückweisende Beschluß (§ 301) kein Endurtheil ist und die Sache daher anhängig bleibt. (So auch Seuffert Anm. 1 u. 2, Wach, Vortr. S. 135, Baron in Busch, Zeitschr. I S. 412 Anm. 11, Tränkner in Busch, Zeitschr. VII S. 274 u. A. Etwas abweichend Wilm. Levy Anm. 2.)

Der Kläger hat aber kein Recht, den Anspruch des erschienenen Beklagten, daß die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung, z. B. wegen nicht ordnungsmäßiger Ladung, wie angebracht, abgewiesen werde, durch einen Antrag auf Vertagung abzuwenden (RG. XIII S. 339).

2) Nr. 1: — „von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes" — jedoch nur eines solchen, welchem durch die Thätigkeit der erschienenen Partei — sei es durch Erbringung der erforderlichen Nachweise, sei es durch Beseitigung des wirklich vorhanden gewesenen Mangels — abgeholfen werden kann, wie z. B. Mangel der Prozeßfähigkeit, mangelhafte Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54), z. B. bei Vertretern einer offenen Handelsgesellschaft (§ 59 Anm. 2, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 492), Mangel der Vollmacht im Parteiprozesse (§ 84 Abs. 2) usw. Durch das Geständniß des Gegners wird so wenig wie durch dessen Ausbleiben der Nachweis erbracht (vgl. Birkmeyer das. VII S. 400, 498, Seuffert Anm. 4). Soweit die Mängel unheilbar sind (z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit des Rechtswegs) ist die Klage sofort — und zwar angebrachtermaßen — abzuweisen. [Vgl. auch §§ 130, 247, 296 Abs. 2 u. Anm. 5; Wach in Gruchot, Beitr. XXIV S. 715 Anm. 20, 716 Anm. 22, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 4. Theilweise abweichend Gaupp II S. 183 ff., 195. Die Unterscheidung, welche Birkmeyer a. a. O. zwischen der Beschaffung des erforderlichen Nachweises und der Beseitigung eines vorhandenen Mangels macht, entspricht nicht der Natur der Sache, da die CPO. stets beide Fälle gleich behandelt (vgl. z. B. §§ 54, 85), und kein innerer Grund vorliegt, hier die Fälle verschieden zu behandeln, in denen der Mangel von vornherein vorhanden, aber nachträglich beseitigt ist, und die, wo die Fehlerlosigkeit vorhanden, aber nicht nachgewiesen war.]

Die Fassung der Nr. 1 („die — — erforderte Nachweisung") rechtfertigt nicht den Grundsatz, daß jeder von Amtswegen zu berücksichtigende Punkt von der allein erschienenen Partei nachgewiesen werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob sie zum Nachweise nach allgemeinen Grundsätzen an sich verpflichtet sei (RG. XII S. 364, Möller in Gruchot, Beitr. XXVI S. 188. A. M. Birkmeyer a. a. O. S. 461 ff. in Konsequenz seiner Ansicht über die Beweislast im Offizialverfahren, sowie Hellmann, Lehrb. S. 261 ff.; vgl. §§ 323, 324 Anm. 2, 504 Anm. 2 a. E.).

3) Nr. 2: — „nicht erschienenen" — Derselben steht hier eine Partei, welche erschienen ist, aber nicht verhandelt (§ 298), nicht gleich, da letztere Gelegenheit hat, sich zu vertheidigen, und der Grundsatz des § 267 Platz greift (vgl. § 298 Anm. 5).

„nicht ordnungsmäßig — geladen war" — vgl. §§ 191—195, 202, 234, 459, 462, 481, 517, 567, 636; GVG. § 102. Auch Mängel der Zustellung (§§ 152 ff.) gehören hierher. Die Nr. 2 findet keine Anwendung, wenn die nicht erschienene Partei selbst geladen hat, wie schon aus den Worten „geladen war" hervorgeht. In diesem Falle genügt vielmehr der Nachweis der — wenngleich nicht rechtzeitigen oder nicht ordnungsmäßigen — Ladung der erschienenen Partei durch die in deren Händen befindliche Abschrift der Zustellungsurkunde (§ 173 Abs. 3) [Endemann II S. 158, Hellmann II S. 177, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 489 ff., H. Meyer das. VII S. 314, Petersen §§ 300—302 1 3 a. E., Seuffert Anm. 5 u. A.]. Selbst der Besitz der mit Terminsbestimmung versehenen Klageabschrift (vgl. §§ 177, 178 Abs. 2) wird in der Regel als hinreichender Nachweis zu betrachten sein (OLG. Rostock in Seuffert, Arch. 38 Nr. 182). Hieraus werden sich manche der von Bähr: Noch ein Wort zum d. Civilprozeß. Jena 1886. S. 59 ff. gerügten Uebelstände erledigen. S. auch § 458 Anm. 1 u. Heilbut im civ. Arch. 69 S. 389.

4) Nr. 3: Der Bestimmung, welche nur für ein gegen den Beklagten zu erlassendes Versäumnißurtheil von Bedeutung ist, liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß der Verzicht einer Partei auf ihre Vertheidigung, bzw. daß ein Geständniß nur insoweit angenommen werden kann, als dessen Gegenstand ihr vorher bekannt war.

— „nicht erschienenen" — vgl. Anm. 3 i. A.

„ein Antrag" — sei es in der Hauptsache oder in einem Nebenpunkte, z. B. ein Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bei der Exekutions-Intervention usw. Rein prozessualische Anträge kommen sowenig hier wie in § 269 (vgl. § 269 Anm. 1) in Betracht, z. B. auch nicht der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils selbst (Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 242, Tränkner das. S. 257 ff., A. Förster Anm. 3c u. A.). Wegen des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit vgl. § 649 Anm. 1 a. E.

— „rechtzeitig" — d. h. unter Wahrung der für solche Mittheilung im Gesetze bestimmten Fristen (§§ 123, 194, 204, 234, 244, 245, 459, 481, 517, 567 u. a.).

„Schriftsatzes" — sei es der erste Schriftsatz (Klageschrift, Klagebeantwortung) oder ein späterer (§ 245) z. B. eine Anschließung (RG. VIII S. 382). — Die Nothwendigkeit der Mittheilung bezieht sich selbstverständlich nur auf erhebliche Thatsachen, weil unerhebliche niemals geeignet sind, den Antrag zu rechtfertigen, und die Unterlassung ihrer Mittheilung daher für die nicht erschienene Partei nicht nachtheilig sein kann. Aus dem letzteren Grunde brauchen auch Abänderungen, welche der Kläger zu seinen eigenen Ungunsten vornimmt (z. B. ein theilweiser Verzicht), dem Beklagten nicht vorher mitgetheilt zu werden (Wilm. Levy Anm. 5, Endemann II S. 150 Anm. 2 u. A.).

Einer schriftlichen Mittheilung bedarf es nicht, wenn das neue mündliche Vorbringen des Klägers in Gegenwart des Beklagten erfolgt ist. In diesem Falle kann dasselbe beim Erlasse eines Versäumnißurtheils berücksichtigt werden, mag der erschienene Beklagte nicht verhandelt oder sich später entfernt haben oder in einem späteren Verhandlungstermine nicht erschienen sein (Wach, Vortr. S. 138 ff., Seuffert Anm. 6, Busch, Zeitschr. VIII S. 521 ff. A. M.: Gaupp II S. 191, Sarwey I S. 453, Hellmann, Lehrb. S. 625 ff.). [Dagegen widerspricht die von Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 821 gemachte Einschränkung dem Wortlaut und Geist des Gesetzes.]

Unter der Voraussetzung rechtzeitiger Mittheilung (nämlich der Verbesserung) kann der Kläger auch von den ihm nach § 240 zustehenden Befugnissen in der mündlichen Verhandlung gegen den säumigen Beklagten wirksamen Gebrauch machen (so auch die Mot., Endemann II

§ 301. Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird der Beschluß aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.

N. Entw. §§ 815 Nr. 7, 820. Entw. I. § 274. Entw. II. § 286. Entw. III. § 291. Mot. S. 233. Prot. S. 115, 547, 557, 558.

S. 150, 151 und Seuffert § 240 Anm. 4. A. M. Wach, Vortr. S. 140); dagegen ist die Zulässigkeit einer eigentlichen Klagänderung von der wirklichen Einlassung des Beklagten abhängig (§ 241).

Wegen der Widerklage und der Inzidentfeststellungsklage s. § 297 Anm. 4.

Die Nr. 3 gilt auch für den amtsgerichtlichen Prozeß, obwohl in demselben die Vorbereitung durch Schriftsätze nicht obligatorisch ist. Selbstverständlich ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen, daß das Versäumnißurtheil auf Grund der im früheren Termine mündlich vorgebrachten und gehörig festgestellten Klagthatsachen und Anträge erlassen wird (vgl. § 297 Anm. 4; s. jedoch Immler in Busch, Zeitschr. VIII S. 523).

5) Abs. 2: Die Vertagung soll nicht bloß dazu dienen, der erschienenen Partei Gelegenheit zur Beseitigung der Mängel (Abs. 1 Nr. 1—3) zu geben, sondern auch dazu, der säumigen Partei die Möglichkeit zur Nachholung des Versäumten zu gewähren; deshalb ist die Ladung der Letzteren zu dem neuen Termine (ungeachtet der Regel des § 195) erforderlich (vgl. Fischer a. a. O. S. 831 ff.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vertagungsantrag erst nach Zurückweisung eines Antrags auf Erlassung eines Versäumnißurtheils gestellt war oder nicht. Hätte aber das Versäumnißurtheil beantragt werden können, so greift die Regel des § 195 Platz (vgl. § 195 Anm. 2, Seuffert Anm. 3). Vgl. auch § 302 Anm. 4.

Es ist selbstverständlich, daß auch in dem neuen Termine ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden kann, wenn einer der Mängel des Abs. 1 Nr. 1—3 vorliegt; die erschienene Partei wird mithin insbesondere dafür Sorge tragen müssen, daß ihr neues thatsächliches mündliches Vorbringen bzw. ihre neuen Anträge rechtzeitig vor dem neuen Termine dem Gegner schriftlich mitgetheilt werden (R. E. § 435 Abs. 2; zustimmend Sarwey I S. 460). Eine Einreichung der Ladung zur Bezeichnung eben dieses mit der Entscheidung über die Vertagung verkündeten Termins seitens des Vorsitzenden (§ 193), wie Gaupp II S. 195 meint, ist nach § 195 nicht erforderlich; die authentische Feststellung des Termins gegenüber dem Gegner kann durch Zustellung des Sitzungsprotokolls erfolgen. Die Zustellung erfolgt nach der Regel des § 191 durch die erschienene Partei.

§ 301.

1) — „der Antrag — — zurückgewiesen wird" — sei es, weil der Fall der gänzlichen Versäumniß nicht vorliegt (§ 299), sei es aus den Gründen des § 300. Ueber die sofortige Beschwerde vgl. § 540.

2) Die Ladung der säumigen Partei zu dem neuen Termine (sc. vor dem Gerichte erster Instanz) erfolgt nicht, weil, nachdem die Beschwerde über die Ablehnung des Versäumnißurtheils von dem höheren Gerichte für begründet erklärt worden, derselbe Zustand hergestellt werden soll, welcher bei Stellung des Antrags auf Erlaß des Versäumnißurtheils bestand. Von der RTK. ist sowohl ein Antrag, die Ladung der säumigen Partei zu dem neuen Termine vorzuschreiben, wie ein Antrag, daß, wenn die säumige Partei in diesem Termine freiwillig erscheine, sie auf ihren Antrag zur Verhandlung zuzulassen sei, abgelehnt worden. Aus der Ablehnung des letzteren Antrags sowie aus der Tendenz des § 301, nach Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses die erschienene Partei in ganz dieselbe Lage zu bringen, in welcher sie sich bei Stellung des Kontumazialantrags befand, dürfte folgen, daß die säumige Partei, welche in dem neuen Termine freiwillig erscheint, zur Verhandlung nicht zugelassen werden darf. [Ebenso Seuffert Anm., Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 300—302 II, Bolgiano S. 448 Anm. 14c, Hellmann II S. 179, Sarwey I S. 461, der übrigens (S. 460) eine mündliche Verhandlung über-

§ 302. Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

N. Entw. — Entw. I. § 275. Entw. II. § 287. Entw. III. § 292. Mot. S. 233. Prot. S. 115.

---

haupt nicht für erforderlich hält, v. Bülow Anm. 2 u. A. A. M.: Fitting S. 234, Endemann II S. 160, Erythropel in Busch, Zeitschr. II S. 120 ff., A. Förster Anm. 3 u. A.; Letztere betrachten mit Unrecht den neuen Termin als Fortsetzung des ersten, was mit der Vorschrift des § 301 Satz 2 schwer zu vereinigen ist.] In der RTK. wurden darüber verschiedene Ansichten geäußert; die Vertreter der Regierungen erklärten es für eine Frage der Interpretation.

§ 302.

1) Auch dem § 302 liegt der Gedanke zu Grunde, daß unter den daselbst hervorgehobenen Voraussetzungen ein Verzicht der säumigen Partei auf ihre Vertheidigung nicht angenommen werden kann (vgl. § 300 Anm. 4). Der Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils ist daher wie in § 300 als durch Vertagung erledigt anzusehen, und, wenn der Gegner in dem neuen Termin erscheint, ist in demselben kontradiktorisch zu verhandeln. [So auch Endemann II S. 160, 161, Gaupp II S. 199, Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 300—302 III, A. Förster Anm. 5 und im Wesentlichen Sarwey I S. 462. A. M.: Wach, Vortr. S. 135 ff., Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 12 ff., 525, Hellmann, Lehrb. S. 626. Letztere stützen sich mit Unrecht auf den Wortlaut des § 302, der nur ausdrückt, daß eine Verhandlung über den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils in dem ersten Termine nicht stattfinden soll, nicht aber, daß diese Verhandlung in dem späteren Termine einzutreten habe. Aber selbst, wenn man letzteres (mit A. Förster a. a. O.) annimmt, so ist die Berechtigung des Gegners, zu verhandeln, doch eine nothwendige Folge der Konstruktion des ganzen Verfahrens. Daß in Folge der gegentheiligen Ansicht der Gegner möglicherweise der die definitive Erledigung des Streits in sich tragenden Chancen beraubt werde (wie Wach bemerkt), ist an sich zwar richtig, fällt aber gegenüber den Billigkeitsrücksichten für eine Vertagung nicht ins Gewicht. Das dem Gerichte hinsichtlich der Vertagung eingeräumte freie Ermessen würde keine rechte Bedeutung haben, wenn nachträglich dennoch ein Versäumnißurtheil trotz des nunmehrigen Erscheinens des Gegners erwirkt werden könnte. Die von Schwalbach angeführten Mot. besagen nur, daß im Falle des § 302 die Entscheidung über Erlassung des Versäumnißurtheils noch aussteht, was auch bei unserer Auslegung zutrifft, da bei abermaligem Ausbleiben der nicht erschienenen Partei das Versäumnißurtheil beantragt werden kann.]

2) — „von dem Vorsitzenden bestimmte — Ladungsfrist" — in den Fällen der §§ 204, 234 Abs. 2 (vgl. §§ 481, 517), nicht in Fällen, in welchen das Gesetz allein die Frist bestimmt hat (vgl. §§ 194, 234 Abs. 1).

3) „Naturereignisse oder — andere unabwendbare Zufälle" — vgl. § 211.

4) Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine aus denselben Gründen wie in den Fällen des § 300 zu laden. Vgl. § 300 Anm. 5. Die Ladung hat auch hier nach dem Grundsatze des § 191 Abs. 1 durch die erschienene Partei zu erfolgen. (So auch Endemann II S. 160 a. E., Hellmann II S. 180, Fitting § 63 S. 235 Anm. 30, Wilm. Levy §§ 300 Anm. 6, 302 Anm. 6, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 832 u. A. A. M. Baron in Busch, Zeitschr. I S. 404, 413, welcher dem Worte „will" in § 191 eine zu enge Bedeutung beilegt und daher zu der Ansicht gelangt, die Ladung müsse durch das Gericht erfolgen. Vgl. auch § 195 Anm. 2.)

5) Gegen den Vertagungsbeschluß des Gerichts findet ein Rechtsmittel nicht statt. Es folgt dies daraus, daß weder die Voraussetzungen der Berufung (§§ 472, 473) noch die der

§ 303. Der Partei, gegen welche ein Versäumnißurtheil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

N. Entw. § 440. Entw. I. § 278. Entw. II. § 288. Entw. III. § 293. Mot. S. 38, 39, 230–232, 234. Prot. S. 115.

§ 304. Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnißurtheils.

Beschwerde (§ 530) zutreffen, und wird in den Mot. ausdrücklich hervorgehoben. (Vgl. auch Hann. PO. § 369, H. E. § 600 Nr. 11; Petersen a. a. O., Gaupp II S. 198 u. A. A. M. rücksichtlich der Berufung Puchelt II S. 128.)

6) Ein arg. e contr. ergiebt, daß aus anderen als den in § 302 hervorgehobenen Gründen das Gericht im Versäumnißverfahren eine Vertagung von Amtswegen (§ 206) nicht vornehmen darf; die erschienene Partei hat ein Recht auf Erlassung des Versäumnißurtheils (Endemann II S. 161, Hellmann II S. 177, 180, Gaupp II S. 198, Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 445 Anm. 345 u. A., jetzt auch Petersen §§ 300—302 I 1. A. M. Seuffert Anm. 3.)

§ 303.

1) Der Einspruch (opposition) ist der Rechtsbehelf für die säumige Partei gegen die Folgen der gänzlichen Versäumung der Verhandlung; er bildet das Korrelat zu dem Versäumnißurtheil. Derselbe ist einerseits — abgesehen von den speziellen Fällen der §§ 216 Abs. 2 und 310 — gegen alle Versäumnißurtheile zulässig, andererseits nur gegen Versäumnißurtheile (nicht gegen kontradiktorische Urtheile). [Wegen jener Ausnahmen ist die Definition Birkmeyer's: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 28 Anm. 65 „Wo kein Einspruch gegeben ist, heißt das Urtheil kontradiktorisch" nicht richtig.]

2) Charakteristisch für den Einspruch — insbesondere im Gegensatz zu der gemeinrechtlichen Restitution und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211—216) — ist die Leichtigkeit, mit welcher er erhoben werden kann, namentlich die Unabhängigkeit desselben von der Angabe und dem Nachweis einer Verhinderungsursache.

> „Bei Gewährung einer so leichten und umfangreichen Abhülfe haben demnach die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumnißurtheil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung; sie wirken als sachlicher Zwang zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte; erst wenn Einspruch nicht erhoben wird, nehmen sie einen absoluten Charakter an." (Mot. S. 230.)

[Ueber die Vorzüge und Nachtheile des aus dem französischen Rechte (Code de proc. art. 157 ff.) in die meisten neueren Gesetzgebungen (Preuß. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 31, Hann. PO. §§ 155 ff., Bayer. PO. Art. 309 ff., H. E. §§ 196 ff., P. E. §§ 377 ff., N. E. §§ 440 ff. usw.) übergegangenen Einspruchssystems vgl. Bellot: Loi sur la procéd. civ. du Canton de Genève p. 6, Mot. zur Hann. PO. § 155, Mot. z. P. E. S. 85, Hann. Prot. XVI S. 5945 ff., 6219 ff., Mot. z. Bayer. PO. S. 599, v. Canstein, Grundlagen S. 263.]

3) Nach der Terminologie der CPO. (vgl. das dritte Buch, insbesondere die Ueberschrift desselben) gehört der Einspruch nicht zu den Rechtsmitteln.

4) Dem Gegner der säumigen Partei, dessen Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils zurückgewiesen ist, steht der Einspruch nicht zu, insbesondere auch nicht dem Kläger, welcher im Falle des § 296 Abs. 2 mit seiner Klage ganz [oder theilweise abgewiesen wird. Letzterer findet sich einem kontradiktorischen Urtheile gegenüber, welches nur im Wege der Rechtsmittel beseitigt werden kann. Vgl. auch § 500 Anm. 6.

5) Ueber das Verhältniß des Einspruchs zur Berufung und Revision vgl. §§ 474, 529.

Ueber den Einspruch im Mahnverfahren s. § 640. Gegen das Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren ist der Einspruch nicht zulässig (§ 834 Anm. 1).

6) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 6 u. Abs. 2, §§ 28, 32, GO. f. RA. §§ 20, 27.

Muß die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnißurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

N. Entw. §. 441. Entw. I. § 279. Entw. II. § 289. Entw. III. § 294. Mot. S. 234. Prot. S. 115.

§ 305. Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt werde;
3. die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.

---

§ 304.

1) Die Einspruchsfrist hat — abweichend von anderen Gesetzgebungen, z. B. Hann. PO. § 158 — im Anwalts- und im Parteiprozesse die gleiche Dauer (ebenso Württ. PO. Art. 275, Bad. PO. § 214, N. E. § 441).

„Nothfrist" — vgl. §§ 201 Abs. 3, 202, 228. Der Einspruch kann schon vor Beginn des Laufs der Frist gültig erhoben werden, wie ein arg. e contrario aus § 477 Abs. 2 ergiebt. [So auch RG. III S. 408, IX S. 420, in Seuffert, Arch. 38 Nr. 350, 351 u. bei Fenner u. Mecke, Arch. III S. 159, Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 304—306 Nr. 1, S. 513, Hellmann II S. 182 u. Lehrb. S. 643, Fitting S. 235 § 63 Anm. 34, A. Förster Anm. 2, Francke in Böditer, Mag. II S. 210 ff. u. A. Die Analogie des § 477 Abs. 2, auf welche Puchelt II S. 131 Anm. 3 (s. auch Endemann II S. 162, Gaupp II S. 200, Wilm.-Levy Anm. 1, Kleiner II S. 225, Wach in Gruchot, Beitr. XXV S. 257 ff., 801 ff., Deutschmann das. XXVI S. 64, 65) sich für die entgegengesetzte Ansicht berufen, trifft nicht zu, weil der Einspruch nicht, wie die Berufung, von beiden Parteien, vielmehr nur von der säumigen Partei erhoben, und die Berufung, welche möglicherweise der erschienenen Partei zusteht, niemals gleichzeitig mit dem Einspruch verhandelt werden kann. Die Nichtgestattung der Einspruchserhebung vor Beginn des Laufs der Nothfrist würde mithin nur ein leerer Formalismus sein; der Begriff der Nothfrist schließt nur die Präklusivität, nicht die Unmöglichkeit einer früheren Vornahme in sich. Vgl. auch § 283 Abs. 2.]

Die Zustellung erfolgt nach den Mot., wie nach der Natur der Sache auf Betreiben der erschienenen Partei. Indessen kann auch die säumige Partei ein Interesse daran haben, und es ist nicht gerade ausgeschlossen, daß diese zustellen läßt (Endemann II S. 162, Sarwey I S. 463, Wach a. a. O. S. 259 Anm. 14 u. A.). Vgl. noch §§ 477, 514, 540.

2) Der Abs. 2 berücksichtigt Fälle, in denen die zweiwöchige Frist wegen der größeren Schwierigkeit für die säumige Partei, Einspruch zu erheben (§ 305), zu kurz erscheint. Vgl. §§ 182 ff. Die Vorschrift des Abs. 2 ist obligatorisch („hat"). Die Bestimmung der Frist erfolgt von Amtswegen. Eine Verlängerung der Frist auf Antrag ist aber nach § 202 Abs. 2 zulässig.

Der spätere „besondere Beschluß" muß, wie auf eine Anfrage in der RTK. von dem Vertreter der Reichsregierung erklärt wurde, dem Gegner in derselben Form wie das Versäumnißurtheil zugestellt werden. Die Einspruchsfrist läuft mithin erst von der Zustellung desselben an. Eine Ergänzung im Sinne des § 292 enthält dieser Beschluß nicht.

§ 305.

1) Obgleich der Einspruch ein Rechtsmittel nicht ist, erfolgt die Einlegung doch in derselben Weise, wie die Einlegung der Berufung und der Revision (vgl. §§ 479, 515). Wegen des „Schriftsatzes" vgl. §§ 120—124.

2) Die im Abs. 1 unter Nr. 1—3 aufgeführten Erfordernisse sind, wie schon das „muß" ausdrückt, wesentliche (vgl. § 119 Anm. 2); der Mangel eines derselben hat nach § 306 die Verwerfung des Einspruchs von Amtswegen zur Folge. Der Gebrauch des Worts „Einspruch"

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

N. Entw. § 442. Entw. I. § 280. Entw. II. § 290. Entw. III. § 295. Mot. S. 38, 39, 234. Prot. S. 115.

§ 306. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

N. Entw. § 444. Entw. I. § 281. Entw. II. § 291. Entw. III. § 296. Mot. S. 234, 235. Prot. S. 115.

---

ist jedoch nicht unbedingt erforderlich; es genügt die deutliche Absicht, diesen Rechtsbehelf zur Hand zu nehmen (vgl. StrPO. § 342, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 1 b. A. M. Gaupp II S. 202).

3) „Ladung" — Es genügt die Ladung zur mündlichen Verhandlung, da die Verhandlung zur Hauptsache (im Gegensatz der Erfordernisse des Einspruchs) der stillschweigende Zweck jeder mündlichen Verhandlung in einem anhängigen Rechtsstreite ist (vgl. auch A. Förster Anm. 1c). Auf die Ladung finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 191—193 und insbesondere auch des § 194 in Betreff der Ladungsfrist Anwendung. Als Einlassungsfristen sind in der CPO. nur die Zeiträume bezeichnet, welche zwischen Zustellung der Klage- bzw. Berufungs- und Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen (§§ 234, 459, 481, 517, 567 Abs. 2, Mot. zu § 194 i. A., S. 161). Die rücksichtlich der Dauer der Einlassungsfristen dort gegebenen Bestimmungen kommen daher hier nicht in Betracht (vgl. auch § 462, wo die Ladung zur Verhandlung über den Einspruch gleichfalls mit sonstigen Ladungen in einer anhängigen Sache, nicht mit der Verhandlung über die Klage auf gleiche Linie gestellt wird).

4) Abs. 2: Der auf die „Hauptsache" (d. h. nicht auf den Einspruch) bezügliche Theil des Schriftsatzes ist, wie das „soll" anzeigt, nur instruktioneller Natur; die Unterlassung hat sachliche Nachtheile nicht zur Folge (§ 120 Anm. 2). Vgl. §§ 480, 516; abweichend bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 214 Anm. 2).

§ 306.

1) „Das Gericht" — nämlich dasjenige Gericht, welches das Versäumnißurtheil erlassen hat.

2) Die Prüfung des Gerichts hat sich darauf zu erstrecken:

a) ob der Einspruch an sich statthaft ist, d. h. ob überhaupt ein Versäumnißurtheil vorliegt (§ 303);

b) ob die Frist gewahrt ist (§ 304), sei es die regelmäßige des Abs. 1 oder in den Ausnahmefällen die des Abs. 2 — in Betreff dieser Frage ist auch die Form der Zustellung von Amtswegen zu prüfen;

c) ob die gesetzliche Form beobachtet ist, d. h. die in § 305 Abs. 1 (nicht in Abs. 2) vorgeschriebene Form. — Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist (§§ 194, 305 Nr. 3) gehört nicht zur gesetzlichen Form; jedenfalls greift in dieser Hinsicht § 267 Platz, wenn der erschienene Gegner den Mangel der Rechtzeitigkeit der Ladung nicht rügt (vgl. Petersen §§ 304—306 Nr. 3).

Fehlt es an einem der Erfordernisse unter a—c, so ist der Einspruch auch ohne Antrag, jedoch nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung, durch kontradiktorisches Urtheil als unzulässig zu verwerfen. Dasselbe geschieht auch dann, wenn der Einsprechende selbst ausbleibt; § 310 setzt einen gültigen Einspruch voraus (vgl. §§ 295 Anm. 3 a. E., 296 Anm. 5, A. Förster Anm., Endemann II S. 165, Wach in Gruchot, Beitr. XXIV S. 715 ff., Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Lasker das. XXV S. 619, Wilm. Levy Anm. 3 a. E.).

Ueber das Zusammentreffen des Einspruchs mit der Berufung bzw. Revision auf der anderen Seite vgl. § 486 Anm. 2.

§ 307. Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand.

N. Entw. § 445. Entw. I. § 282. Entw. II. § 292. Entw. III. § 297. Mot. S. 235. Prot. S. 115.

§ 308. Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnißurtheil enthaltenen Entscheidung

---

3) Ganz gleiche Vorschriften finden sich für die Berufung, Revision und Beschwerde in den §§ 497, 529, 537.

4) Ueber die Zulässigkeit des Einspruchs kann durch Zwischenurtheil (§ 275 Anm. 1b) oder im Endurtheil entschieden werden. Das Gericht kann nach seinem Ermessen (vgl. § 137) die gleichzeitige oder die getrennte Verhandlung über den Einspruch und über die Hauptsache anordnen. Vgl. jedoch § 308 Anm. 2. Das den Einspruch verwerfende Urtheil ist der Natur der Sache nach stets Endurtheil (Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 10, 12).

§ 307.

1) Die Wirkung ist prinzipiell die gleiche wie die der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ist aber thatsächlich von einem größeren Umfange, weil auch das Versäumnißurtheil seine Folgen weiterhin erstreckt, als die bloße Versäumung einer Frist.

Bei zulässigem (§ 306) Einspruch ist die Sachlage materiell so anzusehen, als ob kein Versäumnißurtheil in der Mitte läge (Hann. Prot. IV S. 1192, XVI S. 6237). Hiernach treten auch alle diejenigen Urtheile — Zwischenurtheile, Urtheile über prozeßhindernde Einreden oder über den Grund eines dem Betrage nach streitigen Anspruchs (§§ 248, 275, 276, 312) — wieder in Kraft, welche mittelbar durch das zur Hauptsache ergangene Versäumnißurtheil in Wegfall gekommen waren (§§ 275 Anm. 3, 276 Anm. 4, 297 Anm. 3). Vgl. Mot. S. 29 und Nordd. Prot. S. 622—625.

In der neuen mündlichen Verhandlung ist der Beklagte, auf dessen Antrag das Versäumnißurtheil erlassen war, unbehindert, auf früher erhobene prozeßhindernde Einreden, z. B. die der Unzuständigkeit, zurückzukommen bzw. neue zu erheben. [So auch Wilm. Levy § 295 Anm. 3, A. Förster § 305 Anm. 1c, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 335. A. M.: Schneider im civ. Arch. 64 S. 420 ff.', Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 16, 17 u. im civ. Arch. 66 S. 262, Birkmeyer das. S. 60 ff., Seuffert §§ 39 Anm. 4, 247 Anm. 3 a. E., 295 Anm. 5, Petersen §§ 307—309 I, Hellmann, Lehrb. S. 648; vgl. auch Wach I S. 505. Die Ansicht dieser Schriftsteller, nach welcher der Beklagte der prozeßhindernden Einreden verlustig gegangen sein soll, weil er durch Stellung und Begründung des Antrags auf Erlaß des Versäumnißurtheils gegen den Kläger „zur Hauptsache verhandelt" habe (§ 247), verstößt einerseits gegen den Wortlaut des § 307, indem der Prozeß nicht in die Lage zurückversetzt worden ist, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß, d. h. vor Beginn des Verhandlungstermins, in welchem der Beklagte nicht erschien (nicht, wie Hellmann a. a. O. annimmt, vor dem Schlusse dieses Termins, da die Versäumniß schon von Anfang an vorhanden ist, wenngleich sie noch bis zum Schlusse der Verhandlung wiederaufgehoben werden kann) befand, wenn die prozeßhindernden Einreden, welche dem Beklagten vor Eintritt der Versäumniß zustanden, ihm versagt werden. Andererseits kann auch in der Stellung des Versäumnißurtheils gegen den entbliebenen Kläger ein Verhandeln zur Hauptsache im Sinne des § 247 Abs. 2 nicht gefunden werden, weil zur Begründung dieses Antrags auf die Sache selbst gar nicht eingegangen zu werden braucht (vgl. § 295 Anm. 3).]

2) Ueber die Wirkung des Einspruchs in Bezug auf die Vollstreckung des Versäumnißurtheils vgl. die §§ 645, 648 Nr. 3, 655, 657.

§ 308.

1) Die „neue Verhandlung" ist, sofern nicht nunmehr etwa der Gegner der den Einspruch erhebenden Partei ausbleibt, eine kontradiktorische, und das auf Grund derselben erlassene

übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnißurtheil in dem neuen Urtheil aufgehoben.

R. Entw. § 446. Entw. I. § 283. Entw. II. § 293. Entw. III. § 298. Mot. — Prot. S. 115.

§ 309. Ist das Versäumnißurtheil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

R. Entw. § 447. Entw. I. § 284. Entw. II. § 294. Entw. III. § 299. Mot. S. 232. Prot. S. 115.

§ 310. Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur

---

Urtheil, mag es die in dem Versäumnißurtheil enthaltene Entscheidung aufrechterhalten oder abändern, unterliegt dem Rechtsmittel der Berufung bzw. Revision.

2) Die Vorschrift des § 308 ist wesentlich eine formelle, nur die Fassung des Urtheils betreffende. Wird über die Zulässigkeit des Einspruchs vorab durch Zwischenurtheil entschieden (§ 306 Anm. 4), so hat das Zwischenurtheil sich darauf zu beschränken, die Zulässigkeit des Einspruchs auszusprechen, darf aber nicht das Versäumnißurtheil formell aufheben. Ob letzteres zu geschehen habe oder die frühere Entscheidung ihrem Inhalte nach aufrechtzuerhalten sei, hat erst das Endurtheil — und zwar nur das unbedingte (vgl. Seuffert Anm. 1, Gaupp II S. 205, Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 727) — nach neuer Verhandlung in der Hauptsache zu entscheiden. (Vgl. auch Endemann II S. 166, Gaupp a. a. O., Seuffert a. a. O. u. A.) Wird der Einspruch für unzulässig erachtet, so ist derselbe nach § 306 einfach zu „verwerfen".

§ 309.

1) Der § 309 behandelt direkt nur die Fälle, in welchen das Versäumnißurtheil in gesetzlicher Weise ergangen ist, d. h. im Einklang mit den die Erlassung desselben regelnden Prozeßvorschriften (vgl. Anm. 2).

— „die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten" — vgl. § 90. Wegen der Gebühren vgl. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 6 u. Abs. 2, 32 und GO. f. RA. § 27. — Eine analoge Bestimmung über den Kostenpunkt findet sich bezüglich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in § 216 Abs. 3.

— „auch dann — erlassen wird" — sei es aus thatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen. Wird der Einspruch als unzulässig verworfen (§ 306) oder die Entscheidung in der Sache aufrecht erhalten (§ 308), so fallen die Kosten schon nach allgemeinen Grundsätzen (§ 87) der säumigen Partei zur Last. (Vgl. auch H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 311.)

2) Ist das Versäumnißurtheil in nicht gesetzlicher Weise ergangen (z. B. in Fällen, in welchen es überhaupt nicht zulässig ist, oder entgegen den Vorschriften des § 300), so fallen auch die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten als Theil der Kosten des Rechtsstreits im Ganzen nach dem allgemeinen Grundsatze des § 87 dem Unterliegenden zur Last (Hellmann II S. 186, Seuffert Anm. 1a, Endemann II S. 167 u. A.). [Ueber die Streitfrage, ob es darauf ankommt, daß bei Erlaß des Versäumnißurtheils das Gericht ein Vorwurf trifft, vgl. einerseits Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 1a, andererseits H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 312 ff.]

3) — „wenn — erlassen wird" — Anders im Falle der Klagezurücknahme, welche zur Folge hat, daß der Kläger alle Kosten des Rechtsstreits einschließlich derer des Versäumnißverfahrens tragen muß (§ 243).

§ 310.

1) Zur Vermeidung von Prozeßverschleppungen ist die wiederholte Zulassung des Einspruchs beschränkt. Zwei Fälle sind dabei, wie die Mot. hervorheben, zu unterscheiden:

mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, steht gegen das Versäumnißurtheil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

N. Entw. § 448. Entw. I. § 285. Entw. II. § 295. Entw. III. § 300. Mot. S. 235. Prot. S. 115.

§ 311. In Betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 449. Entw. I. § 287. Entw. II. § 296. Entw. III. § 301. Mot. S. 235. Prot. S. 115.

---

a) Macht sich die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in der zur mündlichen Verhandlung (auch über die Hauptsache — § 305 Anm. 4) anberaumten Sitzung von neuem einer gänzlichen Versäumung schuldig, so wird der Einspruch durch Versäumnißurtheil verworfen. Dabei steht jener Sitzung diejenige Sitzung gleich, auf welche die ganze Verhandlung vertagt ist, und als Versäumung gilt — nach Maßgabe des Grundsatzes des § 298 — nicht blos das Nichterscheinen, sondern auch das Nichtverhandeln zur Hauptsache (das bloße Verhandeln über den Einspruch genügt nicht). Gegen dieses neue Versäumnißurtheil nun steht der säumigen Partei ein weiterer Einspruch nicht zu [ebensowenig auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die überhaupt nur gegen Fristversäumnisse gewährt wird (§§ 211 ff.)], und eine Berufung nur unter derselben beschränkten Voraussetzung (§ 474) wie gegen das erste Versäumnißurtheil.

b) Erscheint dagegen die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in der unter a gedachten Sitzung und verhandelt in derselben zur Hauptsache (d. h. nicht blos über den Einspruch), versäumt aber im Laufe derselben Instanz einen weiteren zur Fortsetzung bestimmten Termin, so steht ihr gegen das alsdann wider sie ergehende Versäumnißurtheil der Einspruch zu. (Zustimmend: Wach, Vortr. S. 146, 147, Endemann II S. 168, Fitting S. 238, § 63 a. E., Gaupp II S. 207, Petersen § 310 Nr. 2, Hellmann, Lehrb. S. 647 u. A. A. M. gegen die Mot. und gegen den Wortlaut des § 310 Puchelt II S. 136, welcher den Einspruch nur zulassen will, „wenn der Prozeß in ein neues Stadium getreten ist", — ein bei Aufhebung der Eventualmaxime nicht recht klarer Ausdruck.) Auf diese Weise können allerdings in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zwei und mehrere dem Einspruch unterliegende Versäumnißurtheile erlassen werden; allein als Mittel gegen den Mißbrauch des Einspruchs ist die vorläufige Vollstreckbarkeit jedes zweiten oder ferneren in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnißurtheils eingeführt (§ 648 Nr. 3).

2) Wider den unbenutzten Ablauf der Einspruchsfrist steht der säumigen Partei nach § 211 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu (nach anderen Gesetzgebungen, z. B. Code de Genève art. 138, Hann. PO. § 159, Entw. I § 286, der der Sache nach wesentlich identische „außerordentliche Einspruch").

3) Gegen den Gegner derjenigen Partei, welche Einspruch erhoben hat, ist, wenn er im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, nach allgemeinen Grundsätzen auf Antrag ein Versäumnißurtheil zulässig, gegen welches ihm alsdann der Einspruch zusteht. Vgl. jedoch § 306 Anm. 2 a. E.

§ 311.

Vgl. §§ 475, 476. — Der Verzicht und die Zurücknahme können beim Einspruche, wie bei der Berufung auch außerhalb der mündlichen Verhandlung (dem Gerichte oder dem Gegner gegenüber) erfolgen (ob. L.G. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 161, Hellmann, Lehrb. S. 645) [Wegen des Zeitpunktes, bis zu welchem die Zurücknahme zulässig ist, s. Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 229 ff.] — Die Zurücknahme steht beim Einspruche in ihrer Wirkung dem Verzichte gleich, auch wenn der Einspruch vor Zustellung des Urtheils erhoben worden

§ 312. Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnißverfahren und das Versäumnißurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits. Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 454. Entw. I. § 277. Entw. II. § 297. Entw. III. § 302. Mot. S. 236, 237. Prot. S. 115.

---

ist, weil eine solche Erhebung (anders als bei der Berufung) zulässig ist (RG. IX S. 420). Vgl. §§ 304 Anm. 1, 476 Anm. 3. Eine Zurücknahme ohne die Wirkung des Verzichts liegt aber in der Zurückziehung eines eingelegten Einspruchs unter Vorbehalt der Einlegung eines neuen (vgl. RG. a. a. O.). Wegen der Gebühren vgl. GKG. § 46 (Abs. 1 in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881), GO. f. RA. § 27.

§ 312.

1) Die §§ 295—311 betreffen, wie die Mot. S. 236 bemerken, die Regelfälle, in denen eine Partei den zur Verhandlung über die Klage bestimmten Termin versäumt. In diesen Fällen ist das Versäumnißurtheil ein Endurtheil (§ 272) und bezieht sich auf den ganzen Rechtsstreit. Der § 312 regelt einige besondere Fälle, in denen die Anwendung der Vorschriften dieses Titels ohne eine besondere Bestimmung zweifelhaft sein konnte. Darüber hinaus ist, abgesehen von einzelnen besonderen Vorschriften (vgl. §§ 217 Abs. 4, 430, 563 Abs. 3), ein Versäumnißurtheil nicht zulässig; insbesondere besteht kein allgemeines Prinzip, wonach bei Versäumung eines jeden zur mündlichen Verhandlung unter den Parteien bestimmten Termins auf Antrag der erschienenen Partei Versäumnißurtheil zu erlassen wäre (Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 20 ff., Seuffert in Krit. Vierteljahrsschr. XXVI S. 481 ff., 487, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 318 ff., Brettner in Böbiker, Mag. V S. 290. Vgl. auch Mot. S. 168 a. E. A. M. Müller in Busch, Zeitschr. IV S. 323). Wegen der Versäumung des Verhandlungstermins nach Ableistung bzw. Verweigerung des in einem bedingten Endurtheil auferlegten Eides vgl. § 427 Anm. 2.

2) Abs. 1: Ueber beide Fälle bemerken die Mot.:

„Ist eine Widerklage erhoben, so umfaßt die Verhandlung Klage und Widerklage. Im Falle der Versäumung eines Verhandlungstermins müssen sich daher Versäumnißverfahren und Versäumnißurtheil auf beide erstrecken, eine Konsequenz, welche in folgerichtiger Entwickelung des den §§ 295 ff. zu Grunde liegenden Gedankens der § 312 Abs. 1 ausspricht. — Ist ein Anspruch seinem Grunde nach bereits festgestellt (§ 276), so beschränkt sich die fernere Verhandlung formell auf die Liquidation, in Wirklichkeit bildet aber den Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache. Denn das Urtheil ist nur ein Zwischenurtheil, mithin der Anspruch des Klägers, wie er denselben in seinem Sachgesuche verfolgt, quantitativ auch noch nicht theilweise erledigt. Es erscheint daher konsequent, wenn der § 312 Abs. 1 vorschreibt, daß die §§ 295 ff. auf die Verhandlung über die Bestimmung des Betrages eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zur Anwendung kommen sollen."

Vgl. übrigens auch § 562 Abs. 3 im Verhältniß zu § 563 Abs. 3. Wegen der Widerklage s. noch §§ 295 Anm. 4, 296 Anm. 6, Heilbut im civ. Arch. 69 S. 418; wegen des dem Grunde nach festgestellten Anspruchs s. § 276 Anm. 4.

3) Abs. 2: Versäumnißzwischenurtheile sind, wie die Mot. hervorheben, an sich mit dem den §§ 295 ff. zu Grunde liegenden Gedanken der Ungetrenntheit des Hauptverfahrens nicht vereinbar. Ausnahmsweise läßt sie aber der § 312 Abs. 2 dann zu, wenn ein Termin versäumt wird, der vom Gericht lediglich zu einer Verhandlung über einen Zwischenstreit unter den Parteien bestimmt war. Der Inhalt des Versäumnißurtheils entspricht dem Gegenstand der versäumten Verhandlung (Birkmeyer a. a. O. S. 39, H. Meyer a. a. O. S. 338, Seuffert Anm. 3c, Hellmann, Lehrb. S. 637). Eine Partei kann nicht dadurch, daß sie lediglich zur

Verhandlung über einen Zwischenstreit ladet, die Voraussetzung des Abs. 2 herstellen (Seuffert Anm. 3b, A. Förster Anm. 3).

„Die Voraussetzung ist, daß ein Termin versäumt wird, der lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit zwischen den Parteien bestimmt war. Ist diese Voraussetzung gegeben, so reichen das Versäumnißverfahren und das Versäumnißzwischenurtheil nicht weiter als der Zwischenstreit; das Versäumnißzwischenurtheil entscheidet den Zwischenstreit unter sinngemäßer Anwendung der §§ 295 und 296; dasselbe ist, wie ein Versäumnißurtheil, dem Einspruche unterworfen. Zur Sicherung des richtigen Verständnisses des § 312 Abs. 2 wird es dienen, wenn Folgendes hervorgehoben wird:

1) Ist der Termin zur Verhandlung eines Zwischenstreits und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmt, so ergeht, wenn derselbe versäumt wird, ein Versäumnißurtheil zur Hauptsache — ein Versäumnißendurtheil.
2) Erscheint der Gegner des Antragstellers im Zwischenstreite in dem zur Verhandlung des letzteren und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmten Termine, verhandelt zur Hauptsache, aber nicht über den Zwischenstreit, so liegt, wie im Falle des § 299, ein unvollständiges Handeln vor. Versäumnißverfahren und Versäumnißzwischenurtheil greifen nicht Platz; den Gegner des Antragstellers treffen die Folgen unvollständigen Verhandelns; das Urtheil, welches erlassen wird, ist kontradiktorisch" (Mot.).

Ueber den Begriff des Zwischenstreits s. § 275 Anm. 1b. In Bezug auf einzelne selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel ist darnach ein Versäumnißzwischenurtheil nicht zulässig; das ergehende Versäumnißurtheil ist vielmehr, da ungeachtet der Trennung nach § 137 der Termin (eventuell) stets zur Verhandlung der ganzen Sache bestimmt ist, nothwendig ein Versäumnißendurtheil (Wach, Vortr. S. 33, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 40 ff., Gaupp II S. 208, 209, Seuffert Anm. 3a u. A.). Wohl aber kann in Bezug auf prozeßhindernde Einreden ein Versäumnißzwischenurtheil ergehen. [Schollmeyer a. a. O. S. 78 ff., Endemann II S. 279 Nr. 2, Seuffert Anm. 3a. A. M., wenngleich aus verschiedenen Gründen: Wach a. a. O. S. 88, 89, Gaupp II S. 64, Sarwey I S. 469 Anm. 2 a. E., Wilm. Levy § 248 Anm. 2, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 61, Birkmeyer a. a. O. S. 38 ff., Hellmann, Lehrb. S. 619. Wach will in diesem Falle ein Versäumnißendurtheil über die contentio de ordinando judicio in analoger Anwendung der §§ 295, 296 zulassen, Gaupp, Wilm. Levy und Osterloh ein Versäumnißendurtheil nach Maßgabe der §§ 295, 296, Birkmeyer u. Hellmann überhaupt kein Versäumnißurtheil; letztere behaupten vielmehr, daß stets kontradiktorisch zu erkennen sei.]

Einen Fall, in welchem ein Versäumnißzwischenurtheil erfolgen kann, auch wenn der Termin nicht lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt war, enthält § 430. Vgl. auch § 439 und v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 819 ff., XXIV S. 599.

Einen besonderen Fall des Versäumnißzwischenurtheils s. noch in § 217 Abs. 4.

Das Verfahren in der Hauptsache darf erst nach Ablauf der Einspruchsfrist bzw. Erledigung des Einspruchs gegen das Versäumnißzwischenurtheil fortgesetzt werden. In dieser Beziehung findet das insbesondere hinsichtlich des Versäumnißzwischenurtheils des § 430 in § 430 Anm. 3 Erörterte Anwendung (vgl. auch Seuffert Anm. 3e).

4) Eine fernere Voraussetzung eines Versäumnißzwischenurtheils soll nach Wach, Vortr. S. 119 ff., Fitting § 63 S. 232 Anm. 18, Schollmeyer a. a. O. S. 90, Gaupp II S. 180, Birkmeyer a. a. O. S. 2, Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 744 ff., Petersen § 312 Nr. 2, Seuffert § 119 Anm. 6, S. 150, Hellmann, Lehrb. S. 663 darin bestehen, daß die mündliche Verhandlung obligatorisch ist (vgl. § 119 Anm. 4). Ist sie nur fakultativ, so soll auch dann, wenn das Gericht mündliche Verhandlung angeordnet hat, beim Ausbleiben des einen oder anderen Theils niemals ein Versäumnißverfahren eintreten können (vgl. z. B. §§ 97, 688, 776, 801), das Gericht vielmehr die Folgen des Ausbleibens nach freiem Ermessen zu würdigen und ein kontradiktorisches Urtheil, nöthigenfalls nach zuvoriger Beweisaufnahme, abzugeben haben. Diese Ansicht unterliegt jedoch erheblichen Bedenken. Das Gesetz selbst macht nirgends einen derartigen Unterschied bei der mündlichen Verhandlung, je nachdem

Vierter Titel. Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§ 313. Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen

---

sie obligatorisch oder fakultativ ist; die Mot. (S. 20) gewähren ebensowenig einen Anhaltspunkt dafür, und daraus, daß das Gericht von vornherein berechtigt war, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, folgt nicht, daß, wenn es (ausnahmsweise) die mündliche Verhandlung anordnet, ungeachtet dieser Anordnung das Erscheinen der Partei unwesentlich ist und mithin ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden kann. (Uebereinstimmend Wilm. Levy Anm. 3 u. H. Meyer a. a. O. S. 327, 347 ff.; vgl. auch A. Förster § 119 Anm. 3d.) Wo für die Entscheidung die Form des Beschlusses vorgeschrieben ist (vgl. § 294 Anm. 1), kann aus diesem Grunde ein Versäumnißurtheil niemals erlassen werden, und da es einen Versäumnißbeschluß nicht giebt, so ist hier auch beim Ausbleiben einer Partei auf Grund des beigebrachten schriftlichen Materials zu beschließen (vgl. auch Hoffmann a. a. O. A. M. H. Meyer a. a. O. S. 348).

5) Auch auf Zwischenstreite zwischen einer Partei und einem Dritten (vgl. §§ 119 Anm. 4, 275 Anm. 1) ist, obwohl die Mot. dieses Falls nicht gedenken, der Abs. 2 nach seiner allgemeinen Fassung und dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken (vgl. auch Mot. S. 20) beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen (insbesondere einer mündlichen Verhandlung) anwendbar. Daß in manchen Fällen (z. B. §§ 68, 126) sofortige Beschwerde zulässig ist, steht der Möglichkeit des Einspruchs nicht entgegen. (So auch Wach, Vortr. S. 119, Fitting § 63 Anm. 18, S. 232, Gaupp I S. 226, Wilm. Levy a. a. O. A. M.: v. Bülow in Gruchot, Beitr. XXII S. 830, Hellmann II S. 191 Anm. 7 u. Lehrb. S. 621, Sarwey I S. 469, Birkmeyer a. a. O. S. 28, Seuffert Anm. 3 i. A., Petersen § 312 Nr. 2 u. jetzt auch Wilm. Levy a. a. O.)

6) Daß auch Versäumnißtheilurtheile zulässig sind, sagt die CPO. nirgends ausdrücklich. Die Zulässigkeit folgt aber aus der Natur des Theilurtheils als eines Endurtheils (§ 273) sowie aus der von dem Ermessen des Gerichts wie der erschienenen Partei abhängigen Möglichkeit einer getrennten Verhandlung über einzelne Theile des Rechtsstreits und ist in den Mot. (S. 236) besonders anerkannt. Vgl. auch § 318 Abs. 2.

Vierter Titel.

1) Die CPO. hat sich darauf beschränkt, (im Anschlusse an den P. E. §§ 781 ff. und den N. E.) ein von den allgemeinen Prinzipien abweichendes Verfahren mit schriftlicher Basis nur für sog. Punkten-Sachen zu gestatten, indem man davon ausging, daß nach den namentlich im Gebiete des Code de proc., in Hannover und in Württemberg gemachten Erfahrungen (vgl. Leonhardt, Civilprozeßverfahren §§ 16, 17, 22; Zur Reform I S. 185 ff.; Mot. z. CPO. S. 202, Hann. Prot. IX S. 3102 ff.) ein dringendes Bedürfniß für die Zulassung eines schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung bzw. einer „instruction par écrit“ in ausgedehnterem Umfange nicht obwalte.

2) Das Wesen des vorliegenden Ausnahme-Verfahrens besteht darin, daß ein Richterkommissar den Prozeß schriftlich mit bindender Wirkung instruirt.

„Demnach kann das Prozeßgericht auf Antrag oder von Amtswegen die Fortsetzung der Verhandlung einem Richterkommissar übertragen, welcher das gesammte thatsächliche Material schriftlich und endgültig zu fixiren hat, so daß der nach der thatsächlichen Seite in Angriff wie in Vertheidigung völlig abgeschlossene Rechtsstreit lediglich zur Verhandlung über den Rechtspunkt und zur Entscheidung (durch Endurtheil, Theilurtheil, Zwischenurtheil oder Beweisbeschluß) vor das erkennende Gericht zurückkehrt (§§ 315, 319). Der prinzipielle Gegensatz zum gewöhnlichen Verfahren ist damit gegeben; in diesem bildet die mündliche Verhandlung die Grundlage für die richterliche Entscheidung, in dem Ausnahme-Verfahren erfolgt sie auf Grund der Akten (§ 318);

gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus, so kann das Prozeßgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen.

N. Entw. § 741. Entw. I. § 288. Entw. II. § 298. Entw. III. § 303. Mot. S. 237—240. Prot. S. 115.

---

dort dienen die Schriftsätze lediglich zur Vorbereitung der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter; hier ist der Schwerpunkt des Prozesses in die schriftlich zu fixirende Verhandlung vor dem Gerichtskommissar verlegt, die sonach in ganz anderem Sinne die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbereitet; dort herrscht, der Mündlichkeit entsprechend, bei jeder mündlichen Verhandlung die freieste Bewegung im Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel, neuer Thatsachen und Beweise, hier die dem schriftlichen Prozesse eigenthümliche Eventualmaxime; die Verhandlung vor dem Kommissar ist mit bindendem oder präkludirendem Charakter bekleidet" (Mot.).

Die Präklusion wirkt aber nicht für die Berufungsinstanz (s. § 491 Anm. 4).

Gegen das „vorbereitende Verfahren" s. Sonnenschmidt in Busch, Zeitschr. II S. 241 ff.; vgl. aber Vierhaus das. S. 384 ff.

3) In amtsgerichtlichen Sachen finden die §§ 313—319 keine Anwendung (§ 469), wohl aber vor den Kammern für Handelssachen (GVG. §§ 100 ff.) und nach dem Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 § 15 (RGBl. S. 197) vor dem Konsul und dem Konsulargericht.

„Der Amtsrichter, welcher als Einzelrichter fungirt, wird auch in Rechtsstreitigkeiten über eine größere Zahl von Ansprüchen stets in der mündlichen Verhandlung diejenigen Funktionen ausüben können, welche in landgerichtlichen und handelsgerichtlichen Sachen zweckmäßig einem Mitgliede des Gerichts überlassen werden, weil sie für eine kollegiale Behandlung ungeeignet sind" (Mot.).

4) Ein Rechnungs-Abnahme-Verfahren mit eigenthümlichen Einleitungsformen (vgl. Preuß. AGO. I 45, P. E. §§ 781 ff.) ist der CPO. unbekannt.

§ 313.

1) Die Voraussetzungen sind:

a) daß der Prozeß die Richtigkeit einer Rechnung, z. B. eines Gesellschafters, Verwalters 2c., eine Vermögens-Auseinandersetzung (z. B. zwischen Pächter und Verpächter, Eigenthümer und Nießbraucher, geschiedenen Ehegatten 2c., Trennung des Lehns vom Allod, Nachlaßregulirungen 2c.) oder ähnliche Verhältnisse (z. B. umfängliche Lieferungen, Bauten u. dgl. m.) betrifft;

b) daß sich eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar herausstellt.

Nur die Voraussetzung unter a erwähnt § 250, welcher drittens fordert, daß die etwa erhobenen prozeßhindernden Einreden bereits erledigt seien (vgl. § 250 Anm. 1).

Nach dem Erfordernisse unter b genügt nicht die bloße thatsächlich verwickelte Beschaffenheit des Streitfalls, sondern es muß auch eine erhebliche Anzahl einzelner Streitpunkte vorliegen, welche in der mündlichen Verhandlung schwer zu übersehen und ohne verhältnißmäßige Verzögerung des Prozesses auch nicht getrennt vor einem Kollegium zu verhandeln sind (Nordd. Prot. S. 1189). Ob der Prozeß erst in Folge von Gegenforderungen, Widerklagen oder Einreden sich punktenmäßig gestaltet, ist ohne Erheblichkeit.

2) — „kann das Prozeßgericht anordnen" — die Maßregel unterliegt also dem Ermessen des Gerichts, welches an einen Parteiantrag nicht gebunden ist, und setzt stets eine mündliche Verhandlung voraus (s. § 250 Anm. 1, 2). Das Gericht wird selbstredend von der Befugniß keinen Gebrauch machen, wenn der Zweck der kommissarischen Vorbereitung durch entsprechende außergerichtliche Verhandlungen der Anwälte, deren Resultat in den gewöhnlichen Formen dem Gericht unterbreitet wird, erreicht ist (Nordd. Prot. a. a. O.).

— „beauftragten Richter" — vgl. §§ 151 Anm. 2, 314 Anm. 1 a. E.; nicht vor einem ersuchten Richter. Das Verfahren ist nicht öffentlich (GVG. § 170 Anm. 2).

§ 314. Bei der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

N. Entw. § 743. Entw. I. § 289. Entw. II. § 299. Entw. III. § 304. Mot. S. 238, 239. Prot. S. 115, 116.

§ 315. In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

1. welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden;
2. welche Ansprüche und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;
3. in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel das Sachverhältniß nebst den von den Parteien be-

---

3) Das Verfahren kann noch in der Berufungsinstanz angeordnet werden (Prot. S. 238, Komm.-Ber. d. RTK. z. CPO. S. 7).

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 20 Nr. 2, 28; GO. f. RA. §§ 13, 16 Abs. 2, 25.

§ 314.

1) „Verkündung des Beschlusses" — vgl. § 294. Die Worte „durch den Vorsitzenden" sind von der RTK. nach Analogie des § 326 Abs. 1 zur Vermeidung praktischer Schwierigkeiten eingeschaltet. Ist der Termin in dem Beschlusse bezeichnet, so ist eine Ladung nicht erforderlich (§ 195). Wegen der Einhaltung der Ladungsfrist vgl. § 159 Anm. 1. (A. M. auch hier Gaupp II S. 215, Seuffert Anm.) Vgl. § 317 Anm.

— „ist — zu bezeichnen" — vgl. § 326. Der beauftragte Richter kann auch einer anderen Kammer des Prozeßgerichts angehören (s. Sarwey I S. 473, A. Förster Anm. 2 u. A.). Von der Kammer für Handelssachen kann auch ein Handelsrichter beauftragt werden (Seuffert § 313 Anm. 2, Petersen § 314 Anm. u. A. A. M. Kleiner II S. 241).

2) Weder gegen die Anordnung des vorbereitenden Verfahrens noch gegen die Ablehnung eines darauf gerichteten Antrags ist Beschwerde zulässig (§ 530). Anders Württ. PO. Art. 783, Hann. PO. § 463.

3) Satz 2 stimmt mit § 326 Abs. 2 überein. In diesem Falle sind die Parteien von Amtswegen zu laden (§ 294 Abs. 3). Das Verfahren kann nöthigenfalls in mehreren Terminen fortgesetzt werden.

Die Ernennung eines anderen Mitgliedes durch den Vorsitzenden und die Benachrichtigung der Parteien hiervon erfolgen gleichfalls von Amtswegen.

§ 315.

1) Dieser Paragraph in Verbindung mit § 319 enthält für das vorliegende Ausnahmeverfahren das Prinzip des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung (s. d. allgem. Bem. zu Tit. 4 unter 2). Abweichend von P. E. §§ 785, 788, 789 und N. E. §§ 744, 746 sind nach Abs. 1 nicht blos die Ansprüche und die Erinnerungen (§ 313), sondern

> „Alles, was zum Angriffe und zur Vertheidigung dient bzw. zu deren Substanziirung an Thatsachen und Beweismitteln (§ 255) aufgestellt wird, überhaupt was als Unterlage für die künftige Entscheidung berücksichtigt werden soll" (Mot.),

vor dem Kommissar bei Vermeidung der Ausschließung vorzubringen und zu Protokoll festzustellen. Es handelt sich nicht blos um eine Sichtung des Streitigen von dem Unstreitigen (Nr. 1, 2), sondern um die Feststellung des gesammten thatsächlichen Streitmaterials (Nr. 3). [Vgl. Leonhardt, B. PO. S. 316, Hann. Prot. X S. 3100 ff., XVI 6026 ff.] Der Kommissar hat das

zeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Anträgen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

N. Entw. § 744. Entw. I. § 290. Entw. II. § 300. Entw. III. § 305. Mot. S. 239—241. Prot. S. 116.

Resultat in übersichtlicher Weise darzustellen, nicht, wie Sonnenschmidt in Busch, Zeitschr. II S. 245 meint, zunächst das Vorbringen jeder Partei und sodann was streitig ist, zu Protokoll zu vermerken und daran einen die streitigen Punkte enthaltenden „status controversiae" zu schließen (vgl. auch Vierhaus das. S. 385).

Ueber den Gegensatz von „Ansprüchen" und „Angriffs- und Vertheidigungsmitteln" s. §§ 136, 137 Anm. 2.

2) Abs. 2: — „wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre" — Es gilt also kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2). Ferner sind Schriftsätze (§ 120) nicht obligatorisch. Für die Zustellung kann die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen werden (§ 152 Abs. 2), welcher auch nach Maßgabe des § 462 für die Ladungen zu sorgen hat (vgl. § 316 Anm. 3).

Von den besonderen Vorschriften (des 2. Abschnitts 2. Buchs) über das amtsgerichtliche Verfahren eignet sich nur § 464 zur Anwendung auf das vorbereitende Verfahren (die darin enthaltene Verpflichtung, auf vollständige Erklärungen der Parteien hinzuwirken, ist in § 319 Abs. 1 Satz 2 noch verschärft). Abs. 2 wird insofern durch Abs. 1 eingeschränkt. Nach dem Grundsatze des § 456 daselbst stehen dem Kommissar indessen überhaupt die Befugnisse des die Verhandlung leitenden Einzelrichters zu (vgl. auch Wach I S. 331, Hellmann, Lehrb. S. 656), also namentlich auch das Fragerecht (§ 130) und die Befugniß, das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anzuordnen (§ 132). Die RTK. überließ es der Redaktion, Letzteres durch eine ausdrückliche Bestimmung außer Zweifel zu stellen; indessen ist eine solche später nicht für erforderlich erachtet worden. Ebenso ist es selbstverständlich, daß der Kommissar Sachverständige zuziehen darf (§ 135, N. E. § 743 Abs. 2). Dadurch, daß der Kommissar das Verfahren von Amtswegen bis zur Spruchreife, über welche sein Ermessen entscheidet, fortzusetzen hat, werden die Gefahren des Prinzips (Anm. 1) erheblich gemildert. Erscheint dem Prozeßgericht die Sache nicht spruchreif, so kann es eine Vervollständigung des vorbereitenden Verfahrens anordnen (s. Endemann II S. 176, Gaupp II S. 217 u. A.).

3) Auf das Protokoll ist § 145 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. Ob die Protokollirung durch Schriftsätze, welche von den Parteien zum Protokolle überreicht werden, ersetzt werden kann (§ 146 Abs. 3), ist hier nicht ausgesprochen. Ein Regierungs-Vertreter bejahte in der RTK. die Zulässigkeit unter der Voraussetzung, daß die Schriftsätze den Anforderungen des § 315 entsprächen, hielt jedoch eben deshalb die Aufnahme einer bezüglichen Bestimmung für bedenklich. Auch in der Nordd. Proz.-Komm. ist die Zulässigkeit für selbstverständlich erachtet worden (Nordd. Prot. S. 1189). Sie folgt schon aus der Zulässigkeit im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 470 Anm. 3). [So auch Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 315 Nr. 2 u. A. A. M. A. Förster Anm. 2 a. E.] Wegen der Vorlesung des Protokolls s. § 148.

4) „Zwischenstreit" — vgl. § 275 Anm. 1b, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 42 ff.

Ob der Kommissar mit der Instruktion des Zwischenstreits abzubrechen oder mit der der Hauptsache fortzufahren hat, hängt von dem Verhältniß beider ab (s. Gaupp II S. 217). Ist das Prozeßgericht im ersteren Falle anderer Meinung, so kann es die Sache ohne Erlaß

§ 316. Erscheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

N. Entw. § 747. Entw. I. § 293. Entw. II. § 301. Entw. III. § 306. Mot. S. 241, 242. Prot. S. 116.

---

eines Zwischenurtheils an den Kommissar zurückgeben (Schollmeyer a. a. O. S. 43). Vgl. Anm. 2 a. E.

5) „Beweisbeschlusses" — Beweisbeschluß und Beweisaufnahme gehen über die Grenzen des vorbereitenden Verfahrens hinaus. Vgl. Anm. 1.

§ 316.

1) Bleiben beide Theile im Termine vor dem beauftragten Richter aus, so ruht das Verfahren (§ 228), „da die kommissarische Erörterung materiell als Fortsetzung der Hauptverhandlung angesehen werden muß (vgl. Nordd. Prot. S. 1193)" (Mot.). [So auch Gaupp II S. 218, Wilm. Levy Anm. 1, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 666, Vierhaus a. a. O. S. 386 u. A. A. M. Sonnenschmidt a. a. O. S. 245, welcher von Amtswegen einen neuen Termin anberaumen will.]

2) Beim Ausbleiben einer Partei hat die CPO., um die bei sofortigem Erlaß des Versäumnißurtheils (nach N. E. § 747) entstehenden praktischen Schwierigkeiten zu vermeiden, nach dem Vorgange des P. E. §§ 791, 792 zu dem System der zweimaligen Ladung gegriffen, jedoch unter thunlichster Kongruenz mit §§ 300 Nr. 3, 310 und unter Vermeidung der in P. E. §§ 793, 794 gehäuften Anomalieen. Die Mot. schildern die Prozedur wie folgt:

> „Der beauftragte Richter hat mit der erschienenen Partei allein zu verhandeln und sodann einen neuen Termin zu bestimmen, zu welchem der säumige Theil unter Mittheilung des aufgenommenen Protokolls zu laden ist; wird auch der neue Termin von der säumigen Partei nicht wahrgenommen, so ist sie in Ansehung der in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen mit ihrem Bestreiten sowie mit allen eigenen Anführungen präkludirt. Das vorbereitende Verfahren hat damit sein Ende erreicht. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um eine zweimalige, denselben Punkt betreffende Versäumung vor dem Kommissar handelt, da nur insoweit dem Säumigen genügende Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Rechte gewährt war. Werden demnach in dem zweiten Termine Seitens der erschienenen Partei neue Ansprüche oder neue Thatsachen rc. vorgebracht, so ist bezüglich dieser das vorbereitende Verfahren fortzusetzen. Damit ist nach allgemeinen Grundsätzen dem säumigen Theile Gelegenheit geboten, eigene selbständige Anführungen und Ansprüche noch nachzuholen."

Als Inhalt des Präjudizes wird zwar in § 316 nur Zugeständniß der im Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners bezeichnet; aus allgemeinen Grundsätzen (§ 208) folgt aber, daß außerdem der Säumige mit seinen Einreden rc. ausgeschlossen wird. Vgl. auch Mot. u. § 319 Abs. 2.

Das Kontumazial-Präjudiz des Abs. 2 (vgl. §§ 129, 208, 251, 296) in Verbindung mit § 319 kann somit bezüglich keines einzigen Punkts ohne zweimalige Ladung verwirklicht werden (daher die Ausdrücke „in einem Termine" in Abs. 1 und „bezüglich derselben" in Abs. 2). — Jede neue Anführung des Erschienenen führt zur Fortsetzung der Verhandlung. Wird dabei die früher erschienene Partei säumig, so berührt dies doch nicht die von ihr früher abgegebenen, zu Protokoll festgestellten Erklärungen.

Das Präjudiz verwirklicht sich ohne Antrag (§ 209) und ohne Versäumnißurtheil.

§ 317. Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

N. Entw. § 743. Entw. I. § 294. Entw. II. § 302. Entw. III. § 307. Mot. – Prot. S. 116.

§ 318. Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebniß des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Theilurtheil zu erledigen. Im übrigen ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil zu erlassen.

N. Entw. §§ 745–748. Entw. I. § 291. Entw. II. § 303. Entw. III. § 308. Mot. S. 242. Prot. S. 116, 117.

Es ist daher auch kein Einspruch gegen die Folgen zulässig. Ebensowenig giebt es eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (s. § 211). (A. M. Siebenhaar S. 363.)

Wegen Versäumung der mündlichen Verhandlung s. § 318 Abs. 2 und das. Anm. 3.

In der Berufungsinstanz können die nach § 316 eingetretenen Nachtheile vollständig beseitigt werden (s. § 491 Anm. 4).

3) Daß die säumige Partei durch die erschienene Partei nach der Regel des § 191 Abs. 1 und der besonderen Vorschrift des § 315 Abs. 2 zu dem neuen Termine trotz der Verkündung des Termins zu laden ist (Abs. 1), bildet eine Ausnahme von § 195. Für die Ladung hat nach §§ 458, 462 namens der erschienenen Partei der Gerichtsschreiber Sorge zu tragen (vgl. § 315 Abs. 2). [So auch Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann II S. 198 u. Lehrb. S. 657, Petersen § 316 Anm., Fischer a. a. O. S. 666 ff., 834 u. A. A. M. Baron in Busch, Zeitschr. I S. 403 ff., welcher annimmt, daß der Richter von Amtswegen zu laden habe, weil die Ladung nicht eine mündliche Verhandlung betreffe. S. auch § 191 Anm. 2c und § 195 Anm. 2.]

§ 317.

Die Bestimmung des Termins steht dem Vorsitzenden zu, welchem der Kommissar die Erledigung des Auftrags anzuzeigen haben wird (§ 193 Abs. 2). Ist der Termin den Parteien durch den beauftragten Richter nicht verkündet (§ 195), so ist er ihnen nach § 294 Abs. 3 mittels Zustellung der betreffenden Verfügung des Vorsitzenden (welche die Aufforderung zum Erscheinen enthält, die Fischer a. a. O. S. 822 ff. u. Seuffert Anm. nicht für nöthig erachten) bekannt zu machen. Vgl. § 191 Anm. 2c. (So auch Endemann II S. 178, v. Bülow Anm. 1. A. M.: Sarwey I S. 478, welcher auch eine Eröffnung des Gerichtsschreibers für ausreichend hält, Gaupp II S. 219, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 317, 318 Nr. 1, A. Förster Anm. 2 a. E., welche die Verkündung durch den beauftragten Richter nicht für zulässig halten.)

§ 318.

1) Abs. 1: Bei dem für das Ausnahmeverfahren geltenden Prinzipe (vgl. die allg. Bem. unter 1, 2; § 315 Anm. 1) bleibt für die mündliche Verhandlung — von § 319 Abs. 2 abgesehen — nur noch die Verhandlung des Rechtspunkts übrig (vgl. Hann. PO. § 473 Abs. 3), während die Thatfrage unabänderlich durch das Vorverfahren festgestellt ist. In welcher Weise dieses letztere „Ergebniß" zur sicheren Kunde des Gerichts gebracht wird, ob durch das „Referat" eines Gerichtsmitgliedes (Preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 26), wie ein (später zurückgezogener) Antrag eines Abg. in der RTK. wollte, oder, was nach Abs. 1 unbedingt vorgeschrieben ist (s. auch § 258 Anm. 3), durch die Parteien, wie im Falle des § 258 Abs. 2, ist nicht von prinzipieller Bedeutung. Denn immer erfolgt der Vortrag „auf Grund des Protokolls", wovon sich die Parteien eine Abschrift beschaffen mögen (§ 271). Der Inhalt des letzteren ist maßgebend, nicht, wie sonst (§§ 119 ff.), die mündliche Verhandlung. Bei Abweichungen des Vortrags von dem Protokolle bzw. bei Unvollständigkeit des ersteren hat daher (was N. E. § 745 Abs. 2 ausdrücklich verordnet) der Vorsitzende die Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls nach

§ 319. Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem

---

Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142), zu veranlassen. Ebenso ist es selbstverständlich, daß die Parteien zur Mittheilung vorbereitender Schriftsätze (N. E. § 745 Abs. 3) nicht verpflichtet sind. Auch die Anträge sind lediglich mündlich (§ 128 Abs. 3) — ohne Verlesung (vgl. § 269 Abs. 1) — vorzutragen.

2) Abs. 2 behandelt die Versäumniß im mündlichen Schlußverfahren im Gegensatz zu der Versäumung vor dem beauftragten Richter (§ 316 Abs. 2).

Bleiben beide Theile aus, so ruht das Verfahren (§ 228).

Bleibt nur ein Theil aus, gleichviel ob Kläger oder Beklagter, so müssen die als unstreitig festgestellten Ansprüche auch ohne besonderen Antrag (Sarwey I S. 478, Hellmann II S. 200, Petersen §§ 317, 318 Nr. 3, A. Förster Anm. 3 u. A. A. M. Endemann II S. 179) durch (kontradiktorisches, also mittels Berufung und Revision anfechtbares) Theilurtheil erledigt werden. Vgl. § 273 Anm. 5. Das Anerkenntniß im Vorverfahren steht hier dem in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Anerkenntnisse (§ 278) gleich. Ein bloßes Geständniß (§ 261) genügt aber nicht, weil trotz der Unstreitigkeit der Thatsachen der Anspruch bestritten sein kann, und § 319 sich nicht auf den Fall dieser Versäumung bezieht (s. auch Petersen a. a. O., Gaupp II S. 220, 221, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2c, A. Förster a. a. O. A. M.: Puchelt II S. 148, Endemann II S. 177, Kleiner II S. 248, 249).

„Im übrigen" — d. h. über alle bestrittenen Ansprüche — ist, wie gewöhnlich (§§ 295—297, 312), auf Antrag ein Versäumnißurtheil zu erlassen, welches also unter Umständen auch ein Theilurtheil (§ 312 Anm. 6) oder ein Zwischenurtheil (§ 312 Anm. 3), z. B. bei der auch hier zulässigen Trennung der Verhandlung, sein kann. Der Grundsatz des § 298 gilt selbstverständlich auch hier.

Anführungen der erschienenen Partei, welche nach § 319 Abs. 2 in einer kontradiktorischen Schlußverhandlung noch zulässig sind, können nach vorgängiger Mittheilung (§ 300 Nr. 3) auch in dem Versäumnißverfahren berücksichtigt werden. (So Wilm. Levy Anm. 3, A. Förster Anm. 3b. A. M. Gaupp II S. 221. Seuffert Anm. 2 will die Ergänzung sogar beim Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 319 Abs. 2 zulassen, wogegen aber schon die Stellung desselben hinter § 318 spricht.)

3) Die Erhebung des Einspruchs gegen das Versäumnißurtheil bewirkt die Erneuerung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte, berührt somit das Resultat des vorbereitenden Verfahrens nicht; vielmehr bleiben die durch Verhandlung zu Protokoll gewonnenen Rechte auf beiden Seiten gewahrt.

4) Ein Antrag, statt § 318 Abs. 2 als § 319 Abs. 3 aufzunehmen: „Die richterliche Entscheidung erfolgt auf Grund des Protokolls. Das beim Ausbleiben einer Partei ergehende Urtheil ist kein Versäumnißurtheil", was mit dem Charakter einer bloßen Schlußverhandlung allerdings besser harmoniren würde, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem er namentlich deshalb bekämpft war, weil es zuweilen auch möglich sein werde, auf Grund des Protokolls definitiv zu entscheiden, und alsdann die erschienene Partei bei Annahme des Antrags schlechter gestellt werde als nach dem Entwurfe.

§ 319.

1) Während in § 315 positiv die Aufgabe des Vorverfahrens bezeichnet ist, werden hier die Nachtheile des Nichtgeschehens bestimmt. Vgl. § 315 Anm. 1. Dieselben bestehen in der Anwendung der Eventual-Maxime nach ihren beiden Richtungen — gegenüber den gegnerischen Anführungen (Abs. 1) und bezüglich der eigenen Anführungen (Abs. 2).

2) Abs. 1: Mit dem Abschluß des Vorverfahrens verwirklicht sich im Verhältniß zu den Anführungen des Gegners das Prinzip der sog. affirmativen Litiskontestation in der Form

beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.

Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

N. Entw. § 746. Entw. I. § 292. Entw. II. § 304. Entw. III. § 309. Mot. S. 240, 241. Prot. S. 117, 118. 168. Sitzg. S. 7, 8 u. 169. Sitzg. S. 11.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 320. Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

---

der Präklusion (vgl. §§ 129, 208, 296 Anm. 2, 392, 404, 417). Die Versäumniß kann in der mündlichen Verhandlung, welche eben nur Schluß-Verhandlung ist, nicht mehr nachgeholt werden. Eine Ausnahme macht nach allgemeinen Grundsätzen die Einwilligung des Gegners (vgl. Endemann II S. 481, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 319 Nr. 2 u. A. A. M.: Sarwey I S. 480, A. Förster Anm. 2).

3) Ein Antrag (des Abg. Bähr) in der RTK. wollte die Worte „unterbliebene oder" streichen oder durch die Worte „verweigerte oder auf Anfordern unterbliebene" ersetzen, um zu verhindern, daß das Gericht aus dem bloßen Schweigen einer Partei bei den Verhandlungen vor dem beauftragten Richter eine Versäumniß folgere. Dieser Antrag ist zwar nach Hinweis auf die Schlußbestimmung in § 315 und auf § 464 abgelehnt; indessen ist bei der Redaktion doch der (im Entwurfe nicht enthaltene) zweite Satz des Abs. 1 eingeschaltet, welcher sachlich mit dem Antrage übereinstimmt (vgl. § 315 Anm. 2, Komm.-Ber. d. RTK. z. CPO. S. 14).

4) Abs. 2 enthält den Gegensatz zu den §§ 251, 256. — Auch hier wie in Abs. 1 bewirkt der Schluß des vorbereitenden Verfahrens die Präklusion mit allem versäumten Vorbringen. Selbst in den Grenzen des § 240 Nr. 2, 3 dürfen neue Ansprüche nicht erhoben werden. Die Eideszuschiebung macht keine Ausnahme von den übrigen Beweismitteln (wie nach d. Preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 35). Während aber für Anführungen negativer Art (Abs. 1) nur die Entschuldigung gilt, daß die Partei vom Richter zur Abgabe der Erklärung nicht aufgefordert sei (denn auch über unbekannte Thatsachen muß man sich erklären — § 129 Abs. 2), gilt für affirmative Erklärungen, mit denen eine Partei präkludirt ist, eine Art Restitution. Der Restitutionsgrund braucht nur glaubhaft gemacht zu werden (wie in §§ 247, 490, 491). Der Gegner ist selbstverständlich darüber zu hören. Nöthigenfalls muß die Verhandlung vertagt werden.

Die Einwilligung des Gegners wird auch hier genügen, um die Präklusion zu beseitigen (s. Anm. 2). [So auch Seuffert Anm. 3, Petersen § 319 Nr. 3 u. A. A. M.: Wach im civ. Arch. 64 S. 212 Anm. 5, Hellmann, Lehrb. S. 658.] Freilich kann dadurch eine Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens nothwendig werden.

5) Ueber die Unwirksamkeit der Präklusion in der Berufungsinstanz s. § 491 Anm. 4.

Fünfter Titel.

Die materiellen Vorschriften über den Beweis s. in §§ 259—266. Von der Antretung des Beweises im Allgemeinen, den Beweiseinreden und der Verhandlung über das Ergebniß der Beweisaufnahme handeln die §§ 255, 256, 258; vgl. auch §§ 251—258 Anm. 3—7.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

N. Entw. § 477. Entw. I. § 295. Entw. II. § 305. Entw. III. § 310. Mot. S. 243. Prot. S. 118.

§ 321. Steht der Aufnahme des Beweises ein Hinderniß von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren frucht-

---

Auf die Beweisaufnahme im Allgemeinen und auf die Beweisantretung sowie die Beweisaufnahme in Betreff der einzelnen Beweismittel beziehen sich die Titel 5—11 (s. §§ 256 Abs. 2, 257). Titel 5 regelt als Einleitung zur Lehre von den einzelnen Beweismitteln vorzugsweise die formelle Prozedur der Anordnung und Aufnahme des Beweises; die §§ 323—325 insbesondere handeln von dem Beweisbeschluß.

§ 320.

1) Abs. 1: Der an die Spitze des § 320 gestellte Satz ist eine Konsequenz der Unmittelbarkeit der Verhandlung (§ 119) und der freien Beweiswürdigung (§ 259). Derselbe findet sich — abgesehen von dem französischen Recht (Code de proc. art. 255 Nr. 2, 407) — in den meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. Preuß. AGO. I 10 §§ 172 ff., 216 ff. [hier jedoch sehr beschränkt], Preuß. Verordn. vom 28. Juni 1844 über d. Verf. in Ehesachen § 35 [GS. S. 184], Hann. PO. § 224, Bayer. PO. Art. 334, 402, Württ. PO. Art. 423, Bad. PO. §§ 1023, 1024, H. E. § 287, N. E. § 477, Hann. Prot. VI S. 2021 ff., XV S. 5604 ff., Nordd. Prot. S. 653 ff., Verhandl. d. 5. D. Juristentags II S. 242 ff., v. Bar, Recht und Beweis S. 75 ff., derselbe in Verhandl. d. 9. D. Juristentags II S. 28 ff., Schrader in Behrend, Zeitschr. IV S. 462 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 95 Anm. 2). Die Ausnahmen sind auf das dringendste Bedürfniß beschränkt; s. dieselben in den §§ 337, 340, 367, 370, 399, 441. Auch in den Fällen des § 347 wird die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte nicht die Regel bilden. Ob von der ausnahmsweisen Uebertragungsbefugniß Gebrauch zu machen, hat das Prozeßgericht im einzelnen Falle innerhalb der in den angegebenen Paragraphen gesteckten Grenzen nach freiem Ermessen zu bestimmen.

2) — „einem Mitgliede" — mag dasselbe beim Erlaß des Beweisbeschlusses mitgewirkt haben oder nicht. Auch ein Handelsrichter kann beauftragt werden (vgl. § 314 Anm. 1 a. E.).

— „anderen Gerichte" — Nach § 158 des GVG. muß dies ein Amtsgericht sein. Ein ausländisches Gericht ist jedoch hier unter „einem anderen Gerichte" nicht mitverstanden (vgl. §§ 327 Anm. 1, 337, 340, 367, 399, 441; RG. II S. 371).

3) Abs. 2: Nach der deutlichen Fassung desselben, welcher die allerdings minder deutlichen Mot. nicht entgegenstehen, ist rücksichtlich der Anordnungen des Gerichts in Bezug auf die Art der Beweisaufnahme, die Anfechtbarkeit nicht bloß, soweit sie von dessen Ermessen abhängen, sondern ganz allgemein ausgeschlossen, mithin auch dann, wenn die Beweisaufnahme in einem nicht gesetzlich bestimmten Falle einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen ist [Petersen § 320 Nr. 2, Gaupp II S. 224, Wilm. Levy Anm. 5, A. Förster Anm. 4 u. A. A.M.: Endemann II S. 183, Seuffert Anm. 1, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 103, welche die Worte „die eine oder die andere Art" lediglich auf die Frage, ob vor „einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte" beziehen. Vgl. dagegen RG. XI S. 377, welches aber die Frage unentschieden läßt, ob auch eine ungesetzliche Uebertragung der Beweisaufnahme seitens des Prozeßgerichts unanfechtbar ist].

§ 321.

1) „Hinderniß von ungewisser Dauer" — d. h. ein Hinderniß, von welchem es ungewiß, ob es überhaupt, oder doch wann es beseitigt werden wird.

„Es handelt sich dabei insbesondere von abwesenden, sehr entfernten, nicht oder schwer zu ermittelnden Zeugen, von Urkunden, welche nicht aufzufinden oder von den Besitzern

losem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

N. Entw. § 469. Entw. I. § 293. Entw. II. § 306. Entw. III. § 311. Mot. S. 244. Prot. S. 118.

§ 322. Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

N. Entw. § 478. Entw. I. § 296. Entw. II. § 307. Entw. III. § 312. Mot. S. 244. Prot. S. 118.

§ 323. Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluß anzuordnen.

N. Entw. § 467. Entw. I. § 298. Entw. II. § 308. Entw. III. § 313. Mot. S. 25—36, 195—204. Prot. S. 118.

---

nicht oder nur schwer, z. B. auf dem Wege des Editionsprozesses (§ 396) und dgl., zu erlangen sind." (Mot.)

Vgl. auch § 329 Abs. 3; Hann. Prot. VII S. 2301 ff., XV S. 5606. Nur, wenn sich die Aufnahme des Beweises von vornherein als unmöglich darstellt, kann dieselbe sogleich abgelehnt werden (anders N. E. § 469 Abs. 1). [Vgl. Puchelt II S. 152, Wilm. Levy Anm. 1, Sarwey I S. 482.]

— „auf Antrag" — nicht von Amtswegen. Ohne solchen ruht das Verfahren (§§ 228).

2) „Frist" — Die Dauer derselben hat das Gericht (vgl. § 396) nach den Umständen des Falls zu bestimmen. Es muß dabei der Zweck der Vorschrift maßgebend sein, den Gegner des Beweisführers vor einer unbegrenzten Verschleppung des Beweisverfahrens zu schützen, ohne andrerseits den Beweisführer eines erheblichen und muthmaßlich herbeizuschaffenden Beweismittels zu berauben. — Die Frist kann unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 202, 203 erstreckt werden, hat aber an sich peremtorische Natur, so daß ihre Versäumung unter die Regelvorschriften der §§ 208, 209 fällt.

3) — „wenn — nicht verzögert wird" — Diese Voraussetzung tritt namentlich ein, wenn das Beweismittel (z. B. die Urkunde, der Zeuge) in dem Verhandlungstermine (§ 335) produzirt wird. Aehnlich § 329 Abs. 3.

§ 322.

1) Die von den Mot. unter Hinweis auf §§ 75, 128 Abs. 4, 258 als selbstverständlich bezeichnete Befugniß der Parteien, der Beweisaufnahme beizuwohnen, ist ausdrücklich hervorgehoben, weil nach gemeinem und preußischem Prozeßrechte die Gegenwart der Parteien bei Vernehmung der Zeugen nicht gestattet war.

2) — „gestattet" — Die Beweisaufnahme erfolgt aber auch in ihrer Abwesenheit (§ 332). Wegen Benachrichtigung der Parteien von dem Termine vgl. §§ 326—335 Anm. 2; wegen des Rechts der Parteien, an die Zeugen und Sachverständigen Fragen zu richten, s. §§ 362, 367, wegen des Rechts, im Anwaltsprozesse neben dem Anwalt das Wort zu verlangen, s. § 128 Abs. 4.

3) Findet die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter statt, so gilt kein Anwaltszwang (§§ 74 Abs. 2, 75).

4) Im Anwaltsprozesse steht dem Anwalt für die Vertretung der Partei im Beweisaufnahmeverfahren die Beweisgebühr zu (GO. f. RA. § 13 Nr. 4), gleichviel, ob er gerade in den Beweisterminen anwesend gewesen ist (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1137, XXVIII S. 1183). Vgl. § 324 Anm. 8.

§§ 323, 324.

Vgl. d. allg. Bem. zu §§ 251—258 unter 1—6, § 257 Anm. 1.

1) Da der Beweisbeschluß (Beweisresolut des altpreußischen Rechts) weder — wie nach dem gemeinrechtlichen Prozesse und der Hann. PO. (§§ 215 ff.) — ein das Hauptverfahren in zwei fest begrenzte Abschnitte schneidendes, den Richter und die Parteien bindendes Zwischenurtheil (Beweisinterlokut) ist, noch auch — wie nach dem H. E. und dem N. E. — für die Parteien eine Zäsur bezüglich der Zulässigkeit ihrer thatsächlichen Anführungen bildet,

§ 324. Der Beweisbeschluß enthält:
1. die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist;
2. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
3. die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;
4. die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet wird.

N. Entw. §§ 471, 472. Entw. I. § 299. Entw. II. § 309. Entw. III. § 314. Mot. S. 25–36, 195–204, 244, 245. Prot. S. 125.

---

vielmehr den Charakter einer rein prozeßleitenden Verfügung (eines Relevanzbescheides) an sich trägt, so ist es konsequent, daß er nicht mit Thatbestand und Entscheidungsgründen (wie nach Hann. PO. § 215, Württ. PO. Art. 417, H. E. § 281, P. E. §§ 354, 356, 357, N. E. § 467) versehen sein und der Inhalt desselben überhaupt — wie im preußischen Prozesse — auf dasjenige beschränkt sein soll, was erforderlich ist, um für die Beweisaufnahme die angemessenen Anordnungen zu treffen.

2) Von dem unter Anm. 1 entwickelten Gesichtspunkte aus enthält der Beweisbeschluß insbesondere auch keine Regelung der Beweislast, da die Entscheidung über die Beweispflicht bei einem System der Beweisverbindung konsequenterweise erst in dem Endurtheile erfolgen kann (vgl. §§ 251—258 Anm. 3; Struckmann (Gutachten) in den Verh. d. 6. D. Juristentags I S. 209 ff., ferner das. II S. 296 ff.) und praktisch sich in vielen Fällen demnächst nach Lage der Beweisführung für die Endentscheidung als überflüssig herausstellt. (Vgl. auch v. Sternenfels (Gutachten) in den Verh. d. 2. D. Juristentags I S. 13 ff., Endemann II S. 65.) Die Mot. (S. 202) bemerken in dieser Hinsicht:

„Führt die Verhandlung oder die Beweisaufnahme oder Beides zusammen zu dem Ergebnisse, daß die streitige Thatsache oder das Gegentheil derselben erwiesen ist, so ist eine Entscheidung über die Beweispflicht nicht erforderlich. Dasselbe gilt, wenn soviel bewiesen ist, daß das Gericht zur Auferlegung eines Eides gelangt; denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, ist nach Vorschrift des § 437 von der Beantwortung der Frage, wer zu beweisen habe, unabhängig. Nothwendig wird dagegen die Regelung der Beweislast, wenn in Betreff der streitigen Thatsache nichts bewiesen ist, weil in diesem Fall die Sätze actore non probante reus absolvitur und reus excipiendo actor fit Platz greifen. Ferner bedarf es einer solchen Regelung, wenn auf Leistung eines zugeschobenen Eides durch bedingtes Endurtheil zu erkennen ist, da nach § 412 eine nicht beweispflichtige Partei durch Eideszuschiebung die Beweislast nicht übernimmt."

Selbstverständlich ist es übrigens, daß, da in dem Beweisbeschlusse die Beweislast nicht geregelt wird, die Frage, wie in dem Endurtheile die Entscheidung über die Beweislast, wenn es auf dieselbe alsdann noch ankommt, zu erfolgen hat, durch jenen Beschluß nicht berührt wird. Diese Entscheidung richtet sich, wiewohl das Prinzip der Vertheilung der Beweislast an sich prozessualisch ist (s. Wach I S. 125 ff.; vgl. auch RG. VI S. 413, VII S. 46. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 32) nach dem materiellen Rechte, welches für die Anwendung des Prinzips auf das konkrete Rechtsverhältniß die Norm giebt, und ist unabhängig von der prozessualischen Gestaltung des Verfahrens. [Vgl. besonders Mayen: Ueber Beweislast, Einreden usw. (1861), Langenbeck: Die Beweisführung (1860) Bd. 2 S. 248 ff., Wetzell S. 143, wo auch die zahlreiche fernere Literatur vollständig angegeben ist, Renaud S. 252, Windscheid, Pand. I § 133, Förster (Eccius) I § 54 S. 303 ff., Dernburg I § 128, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 357 ff., v. Canstein a. a. O. S. 12, Kroll, Klage u. Einrede S. 69 ff., Hellmann, Lehrb. S. 488 ff.]. Dies ausdrücklich auszusprechen (Bayer. PO. Art. 319; vgl. auch Württ. PO. Art. 410), halten die Mot. (S. 201) für entbehrlich:

„Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich in der Frage auf, was zu beweisen sei;

die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei, eine Frage, deren Entscheidung davon abhängt, welche Thatsachen nach dem materiellen Recht zu den Klage- (Replik-) Thatsachen oder zu den Einrede- (Duplik-) Thatsachen zu rechnen sind."

Eine Anerkennung des Satzes liegt in der Bestimmung des § 16 Nr. 1 des EG. z. CPO., daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchem unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist, unberührt bleiben sollen. [Vgl. auch §§ 259 Anm. 3, 411 Anm. 2; E. G. z. CPO. § 16 Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 32, 488 ff., Wach I S. 127.] Indessen giebt es auch beweisbedürftige Thatsachen, welche den Gegenstand prozessualer Rechte ausmachen (z. B. der Zuständigkeit des Gerichts). Hinsichtlich derselben bestimmt das Prozeßrecht die Beweislast, jedoch im Allgemeinen nach gleichen Grundsätzen wie hinsichtlich der materiellrechtlichen Ansprüche. Das Beweisanerbieten von Seiten einer nicht beweispflichtigen Partei enthält hiernach keine Uebernahme der Beweislast. Vgl. auch § 412. Dagegen kann vertragsmäßig die Beweislast übernommen werden, da es sich um die materielle Gestaltung des Rechtsverhältnisses handelt (vgl. Hellmann II S. 82 g. A. M.: Gaupp II S. 388, Wach im civ. Arch. 64 S. 220 ff., welche darin ein unzulässiges Paktiren über die Prozeßregeln erblicken).

Soweit im Civilprozeß das Offizialverfahren herrscht, kann von einer eigentlichen Beweislast nicht die Rede sein (Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 222 ff., 457 ff., Hellmann, Lehrb. S. 496; vgl. auch § 259 Anm. 3 a. E.). Das schließt aber nicht aus, daß das Gericht von derjenigen Partei den Nachweis verlangt, welche eine Behauptung aufstellt und an deren Feststellung ein Interesse hat (vgl. § 300 Nr. 1 v. „erforderte Nachweisung"; s. auch RG. XII S. 364. A. M. Birkmeyer a. a. O. S. 400 ff.).

3) Nr. 1: Nur diejenigen streitigen Thatsachen, in Bezug auf welche die Parteien (oder eine derselben) Beweis erboten haben, kommen in Betracht. Die Mot. (S. 203) bemerken hierüber:

„In einem durch den Grundsatz der Beweisverbindung beherrschten Verfahren sagt das Gesetz, nicht das Gericht den Parteien, was zu beweisen sei, und wer zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht die Parteien belehrt, was sie zur Begründung ihres Rechtes zu behaupten haben. Das Gericht hat daher nur zu prüfen, ob in Betreff der erheblichen streitigen Thatsachen Beweis angetreten sei, eine Prüfung, welche es, wenn die Antretung des Beweises nur von einer Partei erfolgt ist, auch auf die Frage erstrecken kann, ob die beweispflichtige Partei den Beweis angetreten habe. Ueberzeugt es sich, daß in Betreff der erheblichen streitigen Thatsachen kein Beweis — oder daß kein Beweis von der beweispflichtigen Partei angetreten ist, so erläßt es das Urtheil."

Eine Aufforderung des Gerichts an die beweispflichtige Partei zur Angabe der Beweismittel ist nicht vorgeschrieben. Vgl. §§ 130 Anm. 2, 255 Anm. 3.

In Bezug auf den Umfang, in welchem Beweis anzuordnen ist, enthält das Gesetz keine weitere Bestimmung (vgl. Preuß. AGO. I 10 §§ 62 ff., 81b, P. E. § 395, N. E. § 467, 468, Hann. Prot. VI S. 1953, XV S. 5271 ff., Nordd. Prot. S. 643 ff., 647 ff., 2362, 2363). Es hat mithin allein das richterliche Ermessen im einzelnen Falle darüber zu entscheiden, ob die Beweisaufnahme sich auf den ganzen Umfang der Streitpunkte bezw. der zu einem Streitpunkte gehörenden Thatsachen oder der darauf bezüglichen Beweismittel erstrecken, oder ob die Erhebung des Beweises sich zunächst auf einen oder mehrere präjudizielle Punkte oder auf einzelne Beweismittel beschränken soll. Selbstverständlich wird das Gericht dabei den Einfluß dieser Punkte auf das demnächst zu erlassende Urtheil stets sich vor Augen halten müssen. Vgl. § 272 Anm. 1. Das von Wetzell S. 937, 938 aufgestellte Prinzip der Reihenfolge braucht nicht beachtet zu werden. Es ist namentlich auch nicht ausgeschlossen, zu thunlichster Abschneidung eines weitläufigen Klagbeweises zunächst über eine Einrede — abgesehen von der (stets nur eventuellen) der Kompensation — die Beweisaufnahme anzuordnen (Gaupp II S. 228, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. anscheinend Wach, Vortr. S. 158).

Die Bezeichnung der zu beweisenden Thatsachen im Beweisbeschlusse muß selbstverständlich im Anschlusse an die Behauptungen der Parteien erfolgen. Indessen ist wörtliche Ueber-

§ 325. Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.

N. Entw. § 473. Entw. I. § 300. Entw. II. § 309. Entw. III. § 310. Mot. S. 244, 245. Prot. S. 125.

---

einstimmung nicht erforderlich; insbesondere ist Unwesentliches auszuscheiden. Die Aufstellung eines genau präzisirten Beweissatzes nach Art des Beweisinterlokuts ist weder erforderlich noch in allen Fallen räthlich. (Vgl. auch Endemann II S. 186, Petersen §§ 323—325 Nr. 3a.)

4) Nr. 2: — „unter Benennung der — Zeugen und Sachverständigen" — ist mit Rücksicht auf die entgegenstehenden Bestimmungen des französischen und bayerischen Rechts beigefügt. Gemeint sind die von der Partei benannten Zeugen und Sachverständigen (vgl. § 255 Anm. 2). Anders: §§ 135, 337 Abs. 2, 370.

5) Nr. 3: — „zum Nachweise oder zur Widerlegung" — vgl. § 255 Anm. 4.

— „berufen" — drückt aus, daß es sich hier um ein Beweisanerbieten der Partei, nicht um eine Beweisauflage für dieselbe handelt. Vgl. oben Anm. 2.

6) Nr. 4: Dieselbe bezieht sich nur auf die Fälle, in welchen auf Grund des § 426 die Leistung des Eides nicht durch ein bedingtes Endurtheil oder Zwischenurtheil, sondern durch einen Beweisbeschluß angeordnet wird. Vgl. auch §§ 558 Abs. 4.

7) Der § 324 führt nur den sachlichen Inhalt des Beweisbeschlusses auf. Daneben enthält letzterer aber auch die zur Ausführung der Beweisaufnahme erforderlichen formellen Anordnungen (§ 323), insbesondere die Bestimmung der Art der Beweisaufnahme (§ 320) und von Seiten des Vorsitzenden die Bezeichnung des etwa damit beauftragten Richters (§ 326 Abs. 1), die Festsetzung des Termins zur Beweisaufnahme (§§ 326 Abs. 1 u. 335 Abs. 1) und die Bestimmung des Termins zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung, letzteres jedoch nur fakultativ (§ 335 Abs. 2).

8) Wegen der Gebühren (Beweisgebühr) s. GKG. §§ 18 Nr. 2, 22 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), 49 Abs. 2; GO. f. RA. § 13 Nr. 4, 17. Die besondere Beweisgebühr (sowie die erhöhte Verhandlungsgebühr) der Anwälte ist nur bei einem besonderen Beweisaufnahmeverfahren (§§ 257, 323) gerechtfertigt (RG. X S. 370), nicht auch z. B. für die Vertretung einer Partei, welche in einem Erbschaftsprozesse durch Theilurtheil zur Edirung eines eidlich zu bestärkenden Inventars verurtheilt ist und diesen Eid abgeleistet hat (Beschl. d. RG. v. 22. Sept. 1885 — Beschw. Rep. III 107/85).

§ 325.

Diese Bestimmung soll verhüten, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses durch Abänderungsanträge gestört oder verzögert werde, insbesondere unter dem Vorgeben, es hätte aus den bereits früher ausgeführten Gründen („auf Grund der früheren Verhandlungen") nicht dieser, sondern ein anderer oder auch gar kein Beweisbeschluß ergehen müssen (vgl. Preuß. AGO. I 10 § 57, Württ. PO. Art. 418, H. E. § 283, Hann. Prot. VII S. 2032 ff., XV S. 5591 ff., Nordd. Prot. S. 645). Dagegen wird, wie die Mot. ausdrücklich anerkennen, durch § 325 der Partei weder die Möglichkeit genommen, auf Grund neuer Momente eine Ausdehnung des Beweisbeschlusses, welche sich alsdann als neuer Beweisbeschluß charakterisirt, (z. B. die Vernehmung neuer Zeugen — s. Petersen in Busch, Zeitschr. IV S. 314 ff.) noch auch nach Erledigung eines Theils der Beweisaufnahme unter Umständen eine einstweilige Aussetzung des weiteren Theils zu verlangen, z. B. wenn durch jenen Theil eines von mehreren — durch Einreden nicht elidirten — Klagefundamenten oder eine von mehreren durchgreifenden Einreden erwiesen ist. Ein arg. e. contrario aus den Worten „von keiner Partei — auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt" führt zu demselben Ergebniß. (So auch Endemann II S. 187 u. im Wesentlichen Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Eccius in Gruchot, Beitr. XXIX S. 17, 18.) Noch weniger schließt § 325 einen Antrag auf Berichtigung nebensächlicher Irrthümer in Datum, Vornamen usw. oder auch die Rüge der Verletzung von Vorschriften des Verfahrens bei Erlaß des Beweisbeschlusses (RG. III S. 369) aus. Selbstverständlich kann die Beweisaufnahme durch Verzicht des Beweisführers

§ 326. Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird bei der Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.

Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

N. Entw. § 480. Entw. I. § 301. Entw. II. § 310. Entw. III. § 316. Mot. S. 245. Prot. S. 125.

§ 327. Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.

---

oder durch Vergleich entbehrlich werden. (So auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 504.) Auch dies wird aber in der neuen mündlichen Verhandlung geltend zu machen sein. (A. M. OLG. Dresden a. a. O., welches wegen der Einseitigkeit des Verzichts den Grundsatz der Mündlichkeit nach § 119 nicht für anwendbar erachtet; vgl. § 364 Anm. 1.) — Daß das Gericht den Beweisbeschluß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen genöthigt ist, folgt schon aus der Natur des Beweisbeschlusses als einer prozeßleitenden und mithin (§ 289 Anm. 1) jederzeit abänderlichen Verfügung. Vgl. auch § 331. Indessen ist die Aenderung nicht ohne neue mündliche, nöthigenfalls von Amtswegen zu veranlassende Verhandlung zulässig. Selbstverständlich können die Parteien die Aussetzung der weiteren Beweisaufnahme auch durch eine Vorstellung beim Gericht verlangen, indem sie gleichzeitig zur neuen mündlichen Verhandlung nach § 335 Abs. 2 laden, sofern der Termin dazu noch nicht ansteht (vgl. auch A. Förster Anm. 1.)

§§ 326—335.

1) Das Gesetz sieht die Erledigung des Beweisbeschlusses — abweichend von dem französischen Rechte, nach welchem es zur Weiterbetreibung der Sache nach Verkündung des Beweisbeschlusses stets eines besonderen Antrags der fleißigeren Partei bedarf (Desaisirungsprinzip) — als einen Gegenstand der Offizialthätigkeit der Gerichts an und erspart dadurch den Parteien Zeit, Mühe und Kosten. Es tritt dieses namentlich in den §§ 326, 327, 328, 331—333, 335 Abs. 2 hervor. [Vgl. auch §§ 342, 367 und über die Gründe u. A. Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 657 ff.]

2) Die Parteien sind in den in Frage stehenden Fällen (§§ 326 Abs. 2, 331 Abs. 2, 333, 335 Abs. 2) von Amtswegen von der Zeit und dem Orte des Termins (durch Zustellung) zu benachrichtigen, soweit dies nicht schon in dem verkündeten Beschlusse geschehen ist (§§ 195, 294 Abs. 3). Nur im Falle des § 329 Abs. 4 (vgl. auch § 452) ist der Beweisführer zur Benachrichtigung verpflichtet. Der Mangel der Benachrichtigung einer Partei hat die Unbenutzbarkeit der in ihrer Abwesenheit erfolgten Beweisaufnahme zur Folge, weil die Partei dadurch in wesentlichen Rechten beeinträchtigt ist (vgl. §§ 332, 362); die §§ 329, 454 enthalten nur zwei, den Grundsatz bestätigende Ausnahmen (RG. VI S. 351).

§ 326.

1) Abs. 1: — „durch den Vorsitzenden" — d. h. der betreffenden Kammer (GVG. §§ 59, 61), nicht durch den Vorstand des Prozeßgerichts, wie in § 185.

— „der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt" — Mit Unrecht schließt Endemann in Busch, Zeitschr. IV S. 221 hieraus, daß eigentlich dem Prozeßgericht (oder dem Vorsitzenden) auch die Terminsbestimmung bei dem ersuchten Richter zustehe.

2) Abs. 2: Die Terminsbestimmung wird den Parteien durch Zustellung des betreffenden Beschlusses bekannt gemacht (vgl. § 191 Anm. 2c, §§ 326—335 Anm. 2). Vgl. auch § 314 Anm. 3.

§ 327.

1) Abs. 1: — „anderes Gericht" — nämlich im Inlande (vgl. § 320 Anm. 2); von ausländischen Gerichten handeln die §§ 328, 329.

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.

N. Entw. § 481. Entw. I. § 302. Entw. II. § 311. Entw. III. § 317. Mot. S. 245. Prot. S. 125.

§ 328. Soll die Beweisaufnahme im Ausland erfolgen, so hat der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

N. Entw. § 482. Entw. I. § 303. Entw. II. § 311. Entw. III. § 317. Mot. S. 245. Prot. S. 125.

Ueber die Verpflichtung des inländischen Gerichts s. GVG. §§ 157, 159 ff.

„Vorsitzenden" — vgl. § 326 Anm. 1.

2) Abs. 2: Für die Benachrichtigung ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben.

3) Wegen Ansatzes der Gebühren und Auslagen des ersuchten Gerichts s. für Preußen § 28 des Ausf.G. z. D. GKG. usw. v. 10. März 1879 (GS. S. 149 — Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 367).

§ 328.

1) Abs. 1: — „der Vorsitzende" — vgl. § 326 Anm. 1.

— „zuständige Behörde" — d. h. „diejenige, welche nach der Gerichtsverfassung des fremden Staats solche Ersuchungsschreiben zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat" (Mot.); vgl. § 182.

Wegen des Verhältnisses des D. Reichs zur Schweiz s. § 182 Anm. 1. Wegen Egypten s. Ges. v. 30. März 1874 (RGBl. S. 23), Verordn. v. 23. Dezbr. 1875 (RGBl. S. 381) u. Ges. v. 5. Juni 1880 (RGBl. S. 145).

In Preußen sind wegen der zu ersuchenden ausländischen Behörden zahlreiche (im Justiz-Min.Bl. veröffentlichte) Anweisungen erlassen [vgl. besonders JMBl. 1844 S. 207 ff., 1867 S. 79 (allgemeine Grundsätze); ferner 1856 S. 210 (Oesterreich), 1866 S. 182 (Großbritannien), 1869 S. 138 ff. (Vereinigte Staaten von Amerika), 1875 S. 236 (Rußland), 1879 S. 128, 474 ff. (Rußland), 1880 S. 72 (Oesterreich), 1883 S. 32 (Rußland) u. die in der Allg. Verf. v. 22. Febr. 1883 mitgetheilte Zusammenstellung, betr. die Gerichtsverfassung u. das Civilprozeßverfahren in Rußland (JMBl. S. 46); s. auch das Abkommen mit Rußland wegen des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den Justizbehörden der preußischen Grenzprovinzen und des Gerichtsbezirks Warschau v. $\frac{\text{4. Febr.}}{\text{23. Jan.}}$ 1879 (Pr. GS. S. 138)].

Die Gesandten sind hier ausgeschlossen (anders in § 182), soweit sie nicht nach § 5 des Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) ermächtigt sind. In Ermangelung entgegenstehender Bestimmungen in Staatsverträgen hat sich der Vorsitzende eventuell durch die höheren Justizbehörden an das Auswärtige Amt des Deutschen Reichs zu wenden. (Vgl. Koch, Prozeßordnung S. 142 ff., 287 ff. und Wilm. Levy Anm. 1.)

2) Abs. 2: „Reichskonsul" — Die Beweisaufnahme durch einen solchen bildet die Regel. Indessen bedarf es nach dem Gesetz, betr. die Organisation der Bundeskonsulate usw., vom 8. Nov. 1867 § 20 (BGBl. S. 137) zur Abhörung der Zeugen und Abnahme von Eiden einer Ermächtigung des Reichskanzlers, wenn dem Konsul nicht in dem betreffenden Lande nach Herkommen oder Staatsverträgen eine noch weiter gehende Gerichtsbarkeit zusteht (vgl. §§ 1, 5, 48 d. Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879). Die Reichskonsuln haben die Bestimmungen der CPO. über das amtsgerichtliche Verfahren zur Anwendung zu bringen (§§ 12, 14, 15 das.). Wegen der Kosten s. § 44 das.

3) Die Entscheidung darüber, ob im einzelnen Falle das Ersuchen an den Reichskonsul oder an die ausländische Behörde zu richten sei, steht nach Inhalt des § 328 ungeachtet der in § 329 Abs. 1 dem Gericht übertragenen besonderen Befugniß (§ 320 bezieht sich gar nicht auf ausländische Gerichte) dem Vorsitzenden zu. (So auch Kleiner II S. 266. A. M.:

§ 329. Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntniß zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

N. Entw. §§ 487, 488. Entw. I. § 304. Entw. II. § 313. Entw. III. § 319. Mot. S. 245, 246. Prot. S. 125.

§ 330. Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß

Endemann II S. 190, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp II S. 232, Petersen §§ 326—329 Nr. 1 u. A.)

§ 329.

1) Das Gericht kann — auf Antrag oder auch von Amtswegen — wenn es sich um eine nicht durch einen Reichskonsul vorzunehmende Beweisaufnahme im Auslande handelt, von der Regel des § 328 abweichen und eine der in § 329 Abs. 1 u. 2 gedachten Anordnungen treffen; es ist aber nicht verpflichtet, auf einen desfallsigen Antrag der Partei einzugehen. Obwohl lediglich das Ermessen der Gerichts entscheidet, wird es sich doch nur dann empfehlen, von der Befugniß des § 329 Gebrauch zu machen, wenn dem in § 328 vorgeschriebenen regelmäßigen Wege besondere Bedenken entgegenstehen. Dahin gehören, wie die Mot. hervorheben, Fälle, in denen es, wie z. B. bei einer Beweisaufnahme in sehr entfernten und unkultivirten Ländern, ungewiß ist, ob oder wo eine zur Erledigung des Ersuchungsschreibens zuständige Behörde besteht, während es dem Beweisführer vielleicht möglich ist, durch Vermittelung von kaufmännischen Geschäftsfreunden oder auf anderen Wegen die Beweisaufnahme zu erwirken, oder Fälle, in denen nach den ausländischen Gesetzen bei den dortigen Behörden (z. B. in Holland) die Beweisaufnahme von dem Beweisführer selbst betrieben werden muß (vgl. Hann. Prot. VII S. 2245, 2302 ff., Voigt, Arch. f. Handelsrecht Bd. 4 Heft 4 S. 492, Preuß. JMBl. 1866 S. 182).

2) Der Abs. 3 beruht auf dem Grundsatze des § 321.

3) Abs. 4: vgl. § 454. Die Benachrichtigung ist auch hier (vgl. §§ 327 Anm. 2, 330 Anm. 2) an keine Form gebunden und kann direkt durch die ausländische Behörde geschehen. Bei seinem Ermessen wird das Gericht namentlich auch darauf Rücksicht nehmen müssen, ob nach seinem Dafürhalten die Benachrichtigung rechtzeitig hätte erfolgen können (vgl. RG. II S. 371, Hellmann II S. 212, 213, Kleiner II S. 265, 266).

4) Der fernere Verhandlungstermin wird nach der Regel des § 191 nur auf Antrag bestimmt (vgl. § 396 Anm. 3, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 676, Seuffert Anm. 2).

§ 330.

1) Hierher gehört vor allem der Fall, daß ein Zeuge der Annahme des ersuchenden Gerichts zuwider in dem Bezirke des ersuchten Gerichts sich nicht aufhält.

erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntniß zu setzen.

N. Entw. §§ 480, 481. Entw. I. § 305. Entw. II. § 314. Entw. III. § 320. Mot. S. 245. Prot. S. 125.

§ 331. Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozeßgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

N. Entw. § 483. Entw. I. § 306. Entw. II. § 315. Entw. III. § 321. Mot. S. 245. Prot. S. 125.

§ 332. Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

---

2) — „in Kenntniß zu setzen" — vgl. §§ 327 Anm. 2, 329 Anm. 3. (Hellmann II S. 213 verlangt mit Unrecht eine Zustellung; vgl. dagegen § 156 Anm. 2 a. E., Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 330, 331 Nr. 1, Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 8 Anm. 24, S. 9 Anm. 27 u. A.)

3) Das subrequirirte Gericht darf das Ersuchen nur unter den Voraussetzungen des § 159 des GVG. ablehnen (Gaupp II S. 236, Seuffert Anm. 3, OLG. Colmar in Busch, Zeitschr. VII S. 92, 93. A. M. Sarwey I S. 488).

§ 331.

1) Abs. 1: — „ein Streit — nicht berechtigt ist" — Dahin gehört z. B. der Streit über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Zeugnisses (§§ 352, 354 Abs. 2), über die Anordnung eines neuen Gutachtens (§ 377) usw. — Fälle, in denen der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ausnahmsweise berechtigt ist, die Entscheidung selbst zu treffen, s. in §§ 207, 265, 371 Abs. 4 (vgl. Hann. PO. § 30, H. E. § 295). Außerdem kann derselbe selbstverständlich die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Anordnungen, z. B. Ladungen, vornehmen und die hierauf bezüglichen Streitigkeiten, soweit sie der dem Prozeßgerichte vorbehaltenen Sachentscheidung nicht präjudiziren, entscheiden (Gaupp II S. 236, 237, Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 151; vgl. auch RG. XIII S. 399; beschränkter: Seuffert Anm. 1, A. Förster Anm. 1 a. E., Petersen §§ 330, 331 Nr. 2).

2) Abs. 2: Derselbe bezieht sich nicht auf alle Streitigkeiten, welche sich bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter unter den Parteien erheben, sondern nur auf den eigentlichen Zwischenstreit, welcher durch Zwischenurtheil erledigt werden kann (§ 275 Anm. 1, 2). Es gehören also nicht hierher solche Streitpunkte, welche, wie über Ablehnung eines Sachverständigen (§ 371 Abs. 3 u. 4), durch Beschluß zu erledigen sind (Schollmeyer, Zwischenstreit S. 68, 84 ff., A. Förster Anm. 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 1. Vgl. auch Kleiner II S. 268). Die Besonderheit liegt in dem Verlassen des Grundsatzes des Parteibetriebs (s. Schollmeyer a. a. O. S. 91).

— „bekannt zu machen" — Die Zustellung (§ 294 Abs. 3) ersetzt die Ladung. Vgl. §§ 191 Anm. 2 c, 317 Anm., 326—335 Anm. 2, 326 Anm. 2. (So auch Sarwey I S. 489, Seuffert Anm. 2, Fitting a. a. O. S. 8 Anm. 27 u. A.) Eine Ladung durch Verkündung (Puchelt II S. 160) kann hier nicht vorkommen.

Zu den „Parteien" gehören, wenn der Zwischenstreit mit Dritten stattfindet (vgl. § 119 Anm. 4a), auch die Dritten, z. B. Zeugen.

§ 332.

1) § 332 handelt von der Versäumniß der Parteien bei der Beweisaufnahme (s. § 322).

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.

N. Entw. §§ 484. Entw. I. § 307. Entw. II. § 316. Entw. III. § 322. Mot. S. 245, 246. Prot. S. 125, 126.

Er ist von dem Grundsatz beherrscht, daß der Termin zur Beweisaufnahme als solcher kein Termin zur mündlichen Verhandlung ist (vgl. §§ 119 Anm. 4a, 228 Anm. 3). Wegen der Zeugen und Sachverständigen vgl. §§ 345, 374.

Die Strenge des gemeinen und des französischen Rechts, wonach die betreibungspflichtige Partei in dem Termine nochmals Anträge zu stellen hat, widrigenfalls die Beweisaufnahme unterbleiben muß, ist hier verlassen, um unnöthige Verzögerungen und überflüssige Einspruchserhebungen zu entrichten.

Der Satz bezieht sich übrigens, wie schon die allgemeine Fassung ergiebt — mit welcher auch der Ausdruck „zugleich" in § 335 Abs. 1 übereinstimmt (vgl. § 335 Anm. 2) — und in der RTK. von dem Vertreter der Reichsregierung ausdrücklich bestätigt ist, nicht blos auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, sondern auch auf diejenige vor dem Prozeßgericht. Die Mot. (S. 345) enthalten freilich einen anscheinend [daß sie „nur" die Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter zum Gegenstand haben, wie Endemann in Busch, Zeitschr. IV S. 232 bemerkt, sagen sie übrigens nicht] von der entgegengesetzten Ansicht ausgehenden Satz, während die Mot. zu den entsprechenden §§ 301—310 des Entw. I nur aussprechen, daß diese Paragraphen namentlich Bestimmungen über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter sowie über die Beweisaufnahme im Auslande enthalten. Allerdings ist nach § 335 der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, alsdann zugleich zur mündlichen Verhandlung bestimmt, und es kann mithin, wenn in demselben nur eine Partei erscheint, diese gegen den nicht erschienenen Gegner ein Versäumnißurtheil beantragen (§§ 295, 296). Allein gleichwohl ist es auch in diesem Falle von Bedeutung, daß zunächst in Gemäßheit des § 332 Abs. 1 die Beweisaufnahme erfolgt; denn einestheils kann die säumige Partei möglicherweise noch während der Beweisaufnahme erscheinen und dadurch dem Antrage auf Erlaß eines Versäumnißurtheils, der sich nur auf die nachfolgende mündliche Verhandlung bezieht, zeitig zuvorkommen, und anderntheils bleibt die Beweisaufnahme für den Fall, daß die Folgen des Versäumnißurtheils demnächst durch Einspruch wieder beseitigt werden, von Bedeutung, und den Zeugen und Sachverständigen wird die Belästigung erspart, später wieder zu erscheinen (vgl. Nordd. Prot. S. 664, woraus deutlich hervorgeht, daß schon die Nordd. Prozeßkommission von derselben Auffassung ausgegangen ist, welche sodann in die späteren Entwürfe überging, wiewohl allerdings nach Beseitigung der Eventualmaxime die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung eine viel größere Bedeutung gewonnen hat, als die Schlußverhandlung des N. E., wie bereits in § 258 Anm. 1 hervorgehoben ist). [Zustimmend RG. I S. 238, Petersen §§ 332, 333 Nr. 1, Fitting § 63 Anm. 1, Seuffert Anm. 1, § 297 Anm. 4, A. Förster Anm. 2, Gaupp II S. 238, Wach, Vortr. S. 122 ff., Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVII S. 804 ff., Hellmann, Lehrb. S. 504 ff. A. M.: H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 509 und in Busch, Zeitschr. IX S. 330, Fischer in Gruchot, Beitr. XXIV S. 839 ff., welcher unter Berufung auf die Natur des Beweisbeschlusses als einer jederzeit vom Prozeßgerichte abänderlichen prozeßleitenden Verfügung (vgl. § 325 Anm.) dem Prozeßgericht in einem unter § 335 Abs. 1 fallenden Termin die Befugniß beilegt, die Erledigung des Beweisbeschlusses auszusetzen (dies ist nur bei sachlicher Unerheblichkeit zu rechtfertigen; so auch Barkhausen a. a. O. S. 805), und vor allen Endemann in

Busch, Zeitschr. IV S. 191 ff., welcher besonders unter Bezugnahme auf Abs. 2 und auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Anwendbarkeit des § 332 auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht überhaupt bestreitet; Letzterem tritt Brettner in Böbiker, Mag. I S. 331 ff. bei.] Indessen kann die erschienene Partei auch auf die von ihr selbst vorgeschlagenen Zeugen, mögen dieselben erschienen sein oder nicht, verzichten (vgl. § 364) und sodann ein Versäumnißurtheil beantragen (Barkhausen a. a. O. S. 810). Vgl. auch § 325 Anm. a. E.

Bleiben beide Parteien aus, so ruht nach bewirkter Beweisaufnahme das Verfahren (§ 228 Anm. 2), falls der Termin sogleich gemäß § 335 zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anstand. (So auch Wach, Vortr. S. 123.) Ein Gleiches gilt unter der letzteren Voraussetzung, wenn nach bewirkter Beweisaufnahme die erschienene Partei gegen die nicht erschienene weder ein Versäumnißurtheil noch Vertagung beantragt.

2) Selbstverständlich ist, daß die Beweisaufnahme nur stattfinden kann, wenn die nicht erschienene Partei von dem Termine, soweit es erforderlich (§§ 326—335 Anm. 2), benachrichtigt worden war (P. E. § 407; vgl. auch RG. VI S. 350, Fischer a. a. O. S. 845). Die Benachrichtigung muß von der betreibenden Partei nachgewiesen werden. Die §§ 329, 454 sind singulär.

3) — „als dies nach Lage der Sache geschehen kann“ — z. B. insofern nicht über die Identität der zu vernehmenden Zeugen oder des zu besichtigenden Gegenstandes Zweifel bestehen (Hann. PO. § 240), oder wenn die Beweisaufnahme von einer Handlung des Beweisführers, z. B. der Vorlegung einer Urkunde, Vorzeigung einer Sache, Anzeige einer Oertlichkeit, Ableistung eines Eides usw., abhängig ist. Vgl. § 336 Anm. 2.

> „Soweit das Ausbleiben der Partei die Beweisaufnahme verhindert, z. B. wenn dieselbe von einer dem Beweisführer obliegenden Handlung abhängig ist, trifft die Partei die allgemeine Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung (vgl. §§ 208, 209; Bayer. PO. Art. 340, Hann. Prot. VII S. 2114 ff., Nordd. Prot. S. 665)“. (Mot.)

Soweit das Ausbleiben einer Partei die Beweisaufnahme hindert, kann, falls letztere vor dem Prozeßgerichte erfolgen sollte, gegen die nicht erschienene Partei sofort ein Versäumnißurtheil beantragt werden, mag auch die erschienene die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme verschuldet haben. Die mündliche Verhandlung tritt ein, sobald die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme festgestellt ist (vgl. jedoch § 430 Anm. 3). Wird aber die Beweisaufnahme durch einen von den Parteien nicht verschuldeten noch auch zu beseitigenden Umstand gehindert, z. B. durch die Nichtladung oder das Nichterscheinen eines Zeugen, so muß — abgesehen von einem zulässigen Verzicht der erschienenen Partei (vgl. Anm. 1) — nach § 333 zunächst ein neuer Termin zur Beweisaufnahme anberaumt werden, ehe ein Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils zulässig ist (vgl. in letzterer Hinsicht auch Gaupp II S. 240, Seuffert § 335 Anm. 1, Wach, Vortr. S. 123, Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 49 ff. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Barkhausen a. a. O. S. 808 ff., Fischer a. a. O. S. 853, letzterer wiederum unter Berufung auf die Abänderlichkeit des Beweisbeschlusses).

4) Der Abs. 2 handelt von der „nachträglichen Beweisaufnahme“ und der „Vervollständigung der Beweisaufnahme“ in den Fällen des Abs. 1 sowie von den Voraussetzungen, unter welchen eine purgatio morae eintritt. Ueber dergleichen Anträge ist nach Lage der Sache vom Prozeßgerichte entweder durch Zwischenurtheil oder im Endurtheil zu entscheiden, bei nicht bestrittener Anordnung der Beweisaufnahme durch Beweisbeschluß, und zwar auch dann, wenn sie noch vor Abgabe der Verhandlungen an das Prozeßgericht bei dem ersuchten oder beauftragten Richter gestellt werden (vgl. Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 332, 333 Nr. 2, A. Förster Anm. 4). Die Zuständigkeit des ersuchten oder beauftragten Richters hat mit der Beweisaufnahme bzw. der vergeblichen Anordnung derselben ihr Ende erreicht. (A. M. Hellmann II S. 195.)

— „bis zum Schlusse — Urtheil ergeht“ — vgl. § 251 Anm. 3.

— „wenn — nicht verzögert wird“ — vgl. §§ 321, 329 Abs. 3, 339.

§ 333. Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

N. Entw. § 485. Entw. I. § 308. Entw. II. § 317. Entw. III. § 323. Mot. S. 245. Prot. S. 126.

§ 334. Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

N. Entw. § 489. Entw. I. § 309. Entw. II. § 318. Entw. III. § 324. Mot. S. 246. Prot. S. 126.

§ 335. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

— „oder wenn die Partei — — erscheinen" — also beim Vorhandensein eines restitutionsähnlichen Grundes (vgl. § 209 Anm. 3). Beim Antrage auf Vervollständigung muß jedoch als zweite Voraussetzung hinzukommen, „daß — — veranlaßt sei".

Wegen der Berufungsinstanz s. § 491.

§ 333.

1) „Wird — — erforderlich" — z. B. wenn der Termin zur Vernehmung aller Zeugen nicht ausreicht, oder die Zeugen nicht erschienen sind, in letzterem Falle auch dann, wenn beide Parteien gleichfalls entblieben sind; § 228 greift nicht Platz. [Vgl. § 228 Anm. 4, Wach, Vortr. S. 123, Hellmann, Lehrb. S. 504. A. M.: Wilm. Levy § 335 Anm. 1, Endemann in Busch, Zeitschr. IV S. 221; s. auch Fischer a. a. O. S. 852 ff. u. Brettner a. a. O. S. 333, welcher im Zusammenhang mit seiner einschränkenden Auffassung des § 332 (vgl. das. Anm. 2) den § 333 sogar ausschließlich auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter bezieht, obwohl die betreffende Vorschrift sich für das Prozeßgericht keineswegs aus allgemeinen Grundsätzen mit Nothwendigkeit ergiebt.]

2) Ausgebliebene Parteien können durch Verkündung des Termins wirksam benachrichtigt werden. (Vgl. §§ 195, 283 u. §§ 326—335 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Puchelt II S. 162 u. A.)

§ 334.

Der § 334 entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die örtliche Geltung der Prozeßgesetze sowie dem Art. 85 Satz 2 der WO. (vgl. auch Hann. PO. § 231, Bayer. PO. Art. 335, Württ. PO. Art. 435, H. E. § 298). Er bezieht sich insbesondere auch auf das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (vgl. §§ 442—446, RG. II S. 371). Die Gültigkeit der Beweisaufnahme, welche den betreffenden ausländischen Gesetzen entspricht, wird stillschweigend vorausgesetzt (locus regit actum). Entspricht die Beweisaufnahme weder dem einen noch dem anderen Recht, so kann dieselbe dennoch nach § 259 für genügend erachtet werden.

§ 335.

1) Vgl. §§ 258 Anm. 1, 2, 295 Anm. 1, 296 Anm. 1.

2) Abs. 1: — „stattfindet" — nicht nothwendig „stattgefunden hat"; denn sie kann z. B. durch Verzicht entbehrlich werden (vgl. Endemann a. a. O., S. 237 ff., Barkhausen a. a. O. S. 810 ff., Seuffert Anm. 1. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 619). Wegen der Fälle des Nichterscheinens vgl. § 332 Anm. 1—3.

Ob ein Theil der Beweisaufnahme anderswo stattfindet, ist unerheblich (Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Kleiner II S. 273, 274).

— „ist — bestimmt" — mithin kraft Gesetzes; einer besonderen richterlichen Be-

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

N. Entw. § 490. Entw. I. § 310. Entw. II. § 319. Entw. III. § 325. Mot. S. 245. Prot. S. 126.

Sechster Titel. **Beweis durch Augenschein.**

§ 336. Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen.

N. Entw. § 494. Entw. I. § 311. Entw. II. § 321. Entw. III. § 326. Mot. S. 246, 247. Prot. S. 126.

---

stimmung bedarf es nicht. Dagegen ist es zulässig, den Termin (z. B. wegen Weitläufigkeit der Beweisaufnahme) ausdrücklich auf die Beweisaufnahme oder auf einen Theil derselben zu beschränken. (So auch Wach, Vortr. S. 122, Hellmann, Lehrb. S. 507, 508. A. M.: Fischer a. a. O. S. 844, Seuffert Anm. 1. Zweifelhaft Barkhausen a. a. O. S. 812.)

— „zugleich" — Der Ausdruck weist darauf hin, daß die Beweisaufnahme nicht einen Theil der mündlichen Verhandlung bildet.

3) Abs. 2: — „kann" — d. h. es hängt von dem Ermessen des Vorsitzenden des Prozeßgerichts ab, welches namentlich zu berücksichtigen haben wird, ob sich der Zeitpunkt der Erledigung der Beweisaufnahme im voraus mit einiger Sicherheit überblicken läßt (§ 127).

— „wird bestimmt" — d. h. von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts.

4) — „bekannt gemacht" — die Zustellung des Beschlusses (s. § 294 Abs. 3) enthält sachlich eine Ladung; vgl. § 331 Anm. 3.

§ 336.

Literatur: v. Wevelb: Zur Lehre vom Augenschein im Civilprozesse. München 1877, Wach, Vortr. S. 56 ff., 149 ff., Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 471 ff., v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 326 ff., Langenbeck das. IV S. 485 ff., Heusler im civ. Arch. 62 S. 237 ff., 258 ff., Wendt das. 63 S. 265 ff., 305 ff., John, Komm. z. StrPO. I S. 494 ff., Hellmann, Lehrb. S. 554 ff.

1) „Die Antretung des Beweises durch Augenschein" — vgl. § 255. Der Augenschein, d. h. die unmittelbare richterliche Wahrnehmung streitiger Thatsachen (nicht gerade des Streitobjekts), ist hiermit unter die Beweismittel eingereiht (so auch Wendt a. a. O.), während ihn z. B. Wetzell S. 188 Anm. 1 (s. auch Endemann II S. 198, Siebenhaar S. 374, Heusler a. a. O., Gaupp II S. 243, Seuffert § 255 Anm. 5 u. A.), wie Notorietät, Präsumtionen und gerichtliches Geständniß, als eines derjenigen Mittel bezeichnet, welche den Beweis unnöthig machen. [Hauptsächlich gegen Heusler wendet sich Wach, Vortr. S. 149 ff., welcher das „Augenscheinsobjekt", nicht den Augenschein als Beweismittel ansieht (s. auch ders. in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 335 u. Kohler das. XXII S. 471 ff., John a. a. O., Hellmann a. a. O., v. Kries in d. Zeitschr. f. d. ges. Str.RWiss. VI S. 145 ff.). Für Heusler (wenngleich aus anderen Gründen) s. v. Canstein a. a. O.]

Wegen der Einnahme des Augenscheins von Amtswegen vgl. § 135. Wann das Gericht diese anzuordnen, wann es dagegen Beweisantretung nach § 336 abzuwarten habe, ist freilich nicht gesagt (was Heusler a. a. O. S. 266 ff. rügt). Dasselbe ist daher in jener Beziehung nur durch die Verhandlungsmaxime (§ 310 Anm. 2) beschränkt. In der Regel wird es von der Befugniß des § 135 nur dann Gebrauch machen, wenn ihm nach seiner Meinung das richtige Verständniß unbestrittener oder bewiesener Thatsachen ohne Einnahme des Augenscheins mangelt

(s. g. Informationsaugenschein). Aber es ist auch nicht ausgeschlossen, daß dieser Weg von Amtswegen zur Aufklärung streitiger Thatsachen ergriffen wird. Hierin eben äußert sich die eigenthümliche Stellung des Richters gegenüber dem vorliegenden Beweismittel. (Vgl. besonders Wendt a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert § 135 Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 556. A. M. Langenbeck a. a. O.) Allerdings wird der Richter nicht ohne oder gar gegen den Willen des Beweisführers ein Augenscheinsobjekt in den Prozeß hineinziehen dürfen. Nur ein ausdrücklicher Antrag ist nicht erforderlich (s. Wach, Vortr. S. 57, 150 Anm.; weiter gehen Hellmann a. a. O. S. 557 u. Heusler a. a. O.).

Der Augenschein erstreckt sich auf alle Wahrnehmungen der fünf äußeren Sinne. (Zustimmend Sarwey I S. 491 u. A. Vgl. auch v. Wevelb a. a. O. S. 44—46.) Nicht bloß Sachen jeder Art, sondern auch Menschen können Gegenstand des Augenscheins sein (vgl. v. Kries a. a. O. S. 147).

Rücksichtlich der Vorlegung und Einsicht von Urkunden gelten die besonderen Vorschriften des Tit. 9. Ueber Einnahme des Augenscheins zur Sicherung des Beweises s. § 447.

2) Die Frage, ob der Besitzer der Sache die Einnahme des Augenscheins zu gestatten habe, halten die Mot. ungeachtet der von Wach in Krit. Vierteljahrsschrift XV S. 346, 347 hervorgehobenen Bedenken (s. auch v. Wevelb a. a. O.) einer besonderen Regelung nicht für bedürftig. Sie bemerken:

> „Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Parteien verpflichtet sind, den ihrer Verfügungsgewalt unterliegenden Streitgegenstand dem Richter zum Zwecke der Augenscheinseinnahme vorzuweisen (vgl. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 262, 293); befindet sich aber die in Augenschein zu nehmende Sache in dem Besitze eines Dritten, so wird dieser von den Parteien eventuell im Wege der Klage zur Gestattung der Augenscheinseinnahme anzuhalten sein, sofern ein hierauf gerichteter Anspruch begründet ist."

Gerade dieser Passus veranlaßte in der RTK. die Stellung des Antrags, dem § 336 hinzuzusetzen:

> „Die civilrechtlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Vorzeigen einer Sache werden hierdurch nicht berührt."

Nachdem jedoch seitens des Regierungs-Vertreters erwidert worden war, daß es ferngelegen habe, in die materiell-rechtlichen Bestimmungen über die Exhibition einzugreifen, wurde der Antrag zurückgezogen. (Vgl. über das materielle Recht: Windscheid, Pand. II § 474, Förster (Eccius) III § 180 S. 244.)

Eine aus dem Justizhoheitsrecht entspringende, der Zeugnißpflicht analoge allgemeine Verpflichtung Dritter zur Vorweisung behufs Einnahme des Augenscheins besteht nicht. Es kommt vielmehr lediglich das bürgerliche Recht zur Anwendung; die Verurtheilung des Dritten zur Vorweisung kann nur in einem besonderen Prozesse erstritten werden. (So auch Wilm. Levy Anm. 3, v. Wevelb a. a. O. S. 45 ff., 63, Petersen §§ 336, 337 Nr. 3, A. Förster Anm. 4b, Endemann II S. 199, Kohler, Patentrecht S. 493 u. A. Auf richterliches Ermessen verweist Siebenhaar S. 375, auf entsprechende Anwendung des § 394 Uebel I S. 316 Anm. 5, und Brinkmann: Die Begründung der Klagen II S. 631 Anm. 1.)

Daß der Beweisführer, wenn er im Besitze ist, die Sache bei Verlust des Beweismittels vorlegen, bzw. wenn die Sache zur Vorlegung nicht geeignet ist, die Augenscheinseinnahme gestatten muß, und die Ladung (§ 332) insofern hier peremtorisch wirkt (Koch, Preuß. Civilprozeß S. 505), wenngleich direkter Zwang ausgeschlossen ist, versteht sich nach den §§ 208, 209 von selbst. Vgl. § 332 Anm. 3. (So auch Seuffert Anm. 3, Fitting § 49 Anm. 6, Sarwey I S. 492, Petersen a. a. O. u. A. A. M. Endemann a. a. O.)

Befindet sich die Sache im Besitze des Gegners, so entscheidet gleichfalls zunächst das bürgerliche Recht. Abgesehen davon, finden die §§ 133—135 entsprechende Anwendung (v. Wevelb a. a. O. S. 43, Siebenhaar a. a. O. u. A.). Zwangsmaßregeln sind also nicht gestattet, die Folgen der Weigerung indessen nach § 259 frei zu würdigen. (S. auch Seuffert, Pe-

§ 337. Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.

N. Entw. § 495. Entw. I. § 312. Entw. II. § 322. Entw. III. § 327. Mot. S. 246, 247. Prot. S. 126.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 338. Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung

---

tersen, Fitting, Sarwey a. a. O., Gaupp II S. 244, 245, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. RO.HG. 20 S. 62, 23 S. 308; abweichend Brinkmann a. a. O.)

Wer die Identität des vorgezeigten Gegenstandes zu beweisen hat, richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast. Einen Streit über dieselbe kann nur das Prozeßgericht entscheiden. (Vgl. Gaupp II S. 245, 246.)

3) Sind mit der Einnahme des Augenscheins baare Auslagen verbunden, so hat der Beweisführer bei Stellung des Antrags einen zu deren Deckung hinreichenden Vorschuß zu zahlen (GKG. §§ 79, 84 Abs. 1).

§ 337.

1) Abs. 1: Diese Befugniß steht nach den Mot. mit der allgemeinen Befugniß in Verbindung, jederzeit von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen (§ 135 Abs. 1). Die Besichtigung nur durch Sachverständige ist kein Augenschein (A. M. anscheinend Wendt a. a. O. S. 306, 307). Dagegen verändert die bloße Zuziehung von Sachverständigen nicht den Charakter des Augenscheins (A. M. v. Canstein a. a. O. S. 330).

2) Abs. 2 enthält eine Modifikation der Regel des § 320 Abs. 1 Satz 1.

— „kann" — z. B. wenn die Einnahme des Augenscheins nicht an der Gerichtsstelle erfolgen kann (§ 196 Abs. 1). Die fakultative Fassung soll ausdrücken, daß der Augenscheinsbeweis auch durch das ganze Prozeßgericht erhoben werden kann. Wegen der Einnahme des Augenscheins außerhalb des Gerichtsbezirks s. GVG. § 167. Wegen der Ernennung der Sachverständigen vgl. §§ 369, 370.

— „anderen Gerichte" — vgl. § 320 Anm. 2.

3) Andere Vorschriften über das Verfahren sind, abgesehen von der Feststellung des Ergebnisses zu Protokoll (§ 146 Nr. 4), nicht gegeben. Es kommen also lediglich die allgemeinen Bestimmungen der §§ 321 ff. zur Anwendung.

4) § 337 findet nach § 135 Abs. 2 auch bei der von Amtswegen angeordneten Einnahme des Augenscheins Anwendung.

Siebenter Titel.

1) Die Begriffe „Zeugenbeweis, Zeuge, Zeugniß" sind als allgemein bekannte in der CPO. nicht ausdrücklich definirt. Das Charakteristische dieses Beweismittels besteht in der Mittheilung eigener Wahrnehmungen über streitige Thatsachen seitens dritter, nicht als Partei betheiligter Personen (vgl. §§ 338, 357, 358 Nr. 4, 361, 379; Wetzell S. 206, Fitting § 50 S. 167), womit freilich testes de auditu nicht unbedingt ausgeschlossen sind (s. Heusler im civ. Arch. 62 S. 278 ff., v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 333 ff.). Eine Partei kann daher in demselben Prozesse nicht zugleich Zeuge sein, auch nicht in den vom gesetzlichen Vertreter geführten Prozessen (z. B. der Haussohn in dem vom Hausvater geführten Adventizien-Prozeß — RG. XII S. 188) oder bezüglich der besonderen, für einen anderen Streitgenossen allein in Betracht kommenden Thatsachen, ebensowenig der gesetzliche Vertreter einer Partei in demselben Prozesse, z. B. Vormund, Vorsteher einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft (vgl. in letzterer Hinsicht §§ 435, 436, RG. II S. 400 u. in Seuffert,

der Zeugen und die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

N. Entw. § 497. Entw. I. § 313. Entw. II. § 323. Entw. III. § 328. Mot. S. 247. Prot. S. 126.

Arch. 37 Nr. 163, 40 Nr. 252, Wach I S. 593, Busch, Zeitschr. III S. 494 ff., V S. 94, 95) oder der vertretungsberechtigte Gesellschafter oder Liquidator bei der offenen Handelsgesellschaft (vgl. §§ 59 Anm. 2, 358 Anm. 5, 436 Anm. 1). Anders der Prozeßbevollmächtigte (s. § 350 Anm. 2) und die ausgeschiedene Partei (vgl. z. B. §§ 72, 73 Abs. 4, 236 Abs. 2) sowie die ausgeschiedenen gesetzlichen Vertreter. [So auch RG. XIII S. 416, obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 352.] Die ausgeschiedene Partei kann sogar, auch wenn sie noch jetzt beim Ausgange des Prozesses betheiligt ist, nachträglich beeidigt werden (RG. a. a. O.). — Zweifelhaft ist die Zulässigkeit des Zeugnisses des Gemeinschuldners in Prozessen des Konkursverwalters. Sie hängt davon ab, ob Letzterer als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. [RG. VIII S. 413 verneint dies, wendet aber § 358 Nr. 4 an; s. auch Hellmann, Lehrb. S. 569, Seuffert Anm. 1 zu Tit. 7. Dagegen aber mit Recht Petersen in Busch, Zeitschr. IX S. 1 ff., bes. 7 ff., 61 Anm. 30, 64, Schultze: D. Deutsche Konkursrecht S. 84 ff., Sarwey: Konkursordnung § 8 S. 45, Wach I S. 544 ff., bes. Anm. 34, RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 212 ff; vgl. auch RG. II S. 24, VI S. 408.] Nebeninterventienten, welche nach § 66 als Streitgenossen gelten, können nicht Zeugen sein (Seuffert a. a. O., Petersen § 358 Nr. 4, Wilm. Levy § 358 Anm. 4, Gaupp I S. 223). Andere Nebeninterventienten können als Zeugen vernommen werden, desgleichen Litisdenunziaten und Nominaten, fallen aber unter § 358 Nr. 4. (So auch Seuffert a. a. O. A. M.: Francke, Nebenparteien S. 109, Hellmann, Lehrb. S. 509, welche dieselben überhaupt nicht als Zeugen zulassen wollen.) Vgl. § 358 Anm. 5. Der Hauptintervenient (§ 61) kann in dem Prozesse, in welchem er intervenirt, Zeuge sein.

Ueber den Unterschied der Zeugen von Sachverständigen s. d. allg. Bem. zu Tit. 8.

2) Von der Beweisantretung durch Zeugen handeln die §§ 338, 339, von der Ladung der Zeugen §§ 342—344, von den Folgen des Ausbleibens §§ 345, 346, von der Verweigerung des Zeugnisses §§ 348—355, von der Beeidigung bzw. unbeeidigten Vernehmung §§ 356—358. Die Vernehmung selbst betreffen die §§ 340, 344, 359—363. Wegen der Ergänzung des Zeugenbeweises durch richterlichen Eid s. §§ 437 ff.

3) In Preußen finden nach § 4 d. AG. z. CPO. die §§ 341, 345, 347—350, 355—357, 359—363 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechende Anwendung. [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 243 u. Ges., betr. das Verf. in Auseinandersetzungsangelegenheiten, v. 18. Febr. 1880 § 1 (GS. S. 59).]

§ 338.

1) „Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt" — Der Satz enthält die Anwendung einer allgemeinen Regel (vgl. § 255), keine Ausnahmevorschrift (wie v. Canstein a. a. O. S. 353 meint). Allerdings kennt die CPO. keine nur informatorische Vernehmung von Zeugen von Amtswegen; damit würde die Verhandlungsmaxime (s. § 130 Anm. 2) völlig verlassen sein.

Wie die Zulässigkeit des Zeugenbeweises an sich (§ 255 Anm. 7), so unterliegt auch die Zahl der zu vernehmenden Zeugen keiner Beschränkung. Die mehr oder weniger willkürlichen Bestimmungen in Code de proc. art. 281, Preuß. AGO. I 23 § 23 Nr. 4, P. E. § 481 ꝛc. sind durch das allgemeine Prinzip des § 87 Abs. 1 ersetzt.

2) — „durch — soll" — vgl. § 324 Nr. 1. § 338 beseitigt die noch nach der Bad. PO. §§ 434—436 obligatorischen Beweisartikel und Fragstücke des gemeinrechtlichen Prozesses und entspricht den Vorschriften der Preuß. AGO. I 10 § 169, des Code de proc. art. 252 und der bedeutendsten Entwürfe. Die selbstverständliche Bestimmung des N. E. § 497, daß die Thatsachen so bestimmt zu bezeichnen seien, daß die Vernehmung der Zeugen sachgemäß bewirkt werden könne und der Gegner in den Stand gesetzt werde, seine Rechte wahrzunehmen,

§ 339. Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 324. Entw. III. § 329. Mot. S. 248. Prot. S. 126.

---

ist nach den Mot. als praktisch werthlos nicht aufgenommen. Das erforderliche Maß der Spezialisirung des Beweissatzes bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles. Allgemein verständliche Rechtsbegriffe (z. B. Kauf, Darlehn usw.) brauchen in der Regel nicht aufgelöst zu werden (s. Siebenhaar S. 377 Anm.*, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 2b u. A.). Zur Benennung gehört auch die Angabe des Wohnorts (vgl. § 342).

3) Der in der preußischen Praxis nicht selten vorkommende Antrag auf Einholung einer (amtlichen) Auskunft öffentlicher Behörden als Beweismittel ist der CPO. nicht bekannt und fällt jedenfalls nicht unter die Regeln des Zeugenbeweises. Das Gericht wird daher die beantragte Einholung, und die Behörde, wenn sie dennoch ersucht wird, die Ertheilung der Auskunft ablehnen dürfen. Vgl. § 397 Abs. 2. Wird die Auskunft eingeholt und ertheilt, so fällt sie unter die Regeln des Urkundenbeweises. (So auch Endemann II S. 201. A. M. theilweise Wilm. Levy Anm. 1.)

§ 339.

1) Unter denselben Voraussetzungen, unter denen das Gericht von dem Beklagten nachträglich vorgebrachte Vertheidigungsmittel jeder Art zurückweisen darf (§ 252), läßt die CPO. die Präklusion — jedoch nicht bloß gegenüber dem Beklagten, sondern auch gegenüber dem Kläger — bezüglich verspäteter Zeugen und in Händen Dritter befindlicher Urkunden eintreten (§§ 339, 367, 398). Nur in diesem Umfange ist die Regel des § 256 Abs. 1 (abgesehen von Abs. 2 das.) eingeschränkt, da von anderen Beweismitteln eine erhebliche Prozeßverschleppung nicht zu besorgen ist. Hinsichtlich der Sachverständigen (auf welche § 339 nach § 367 nicht unanwendbar sein würde) wird die Anwendung des § 339 (s. Sarwey I S. 494, Hellmann II S. 258 u. Lehrb. S. 566, RG. VII S. 392 a. E.) durch die Offizialstellung des Richters in der Regel erübrigt werden [s. d. allg. Bem. z. Tit. 8, § 368 Anm. 2, Seuffert § 367 Anm. 1, Obermeyer: Die Lehre v. d. Sachverständigen im Civilprozeß. München 1880. S. 95 Anm. 15]. Ueberhaupt kommt § 339 bei den von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkten nicht oder doch nicht unbedingt zur Anwendung (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 448, 449).

2) — „neuer" — Den Gegensatz bilden die bereits für denselben Beweissatz von einer der Parteien (dem Beweisführer oder dessen Gegner) benannten Zeugen. Vgl. § 364 Anm. 1. Neu sind also auch nicht solche Zeugen, welche zwar von der Partei bereits früher benannt, aber in dem Beweisbeschlusse nicht berücksichtigt worden sind.

> „Für den Begriff der Neuheit des Zeugen ist es entscheidend, ob derselbe für den betreffenden Beweissatz schon früher benannt war, während es außer Betracht bleibt, ob der Zeuge über andere streitige Thatsachen im Prozesse schon vorgeschlagen und vernommen ist oder nicht". (Mot.)

— „bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen" — Die Präklusion ist also unanwendbar auf den Zeugenbeweis, welcher zum Beweise von Thatsachen angetreten wird, die erst nach Erlassung des Beweisbeschlusses geltend gemacht worden sind, mithin in diesem nicht mehr berücksichtigt werden konnten.

3) — „wenn — verzögert werden würde" — Die Vorschrift bleibt also außer Anwendung:

> „wenn der Beweisführer im Verhandlungstermine die neuen Zeugen zur Vernehmung gestellt oder wenn aus anderen Gründen in jenem Termine das Urtheil nicht erlassen,

§ 340. Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden:

1. wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;
2. wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;
3. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;
4. wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.

N. Entw. § 499. Entw. I. § 314. Entw. II. § 325. Entw. III. § 330. Mot. S. 248, 249. Prot. S. 126, 668–675, 680.

---

sondern weitere Beweisaufnahme beschlossen werden müßte, welche in gleichem Maße wie die fragliche Zeugenvernehmung das Verfahren verzögert". (Mot.)

4) Fehlt eines der Erfordernisse — der Antrag des Prozeßgegners, die Verzögerung oder die Ueberzeugung von dem dolus oder der culpa lata des Beweisführers — so kann die Vernehmung der neuen Zeugen nicht abgelehnt werden. Andererseits ist beim Zusammentreffen aller Erfordernisse die Zurückweisung nicht wie in § 252 fakultativ, sondern der Prozeßgegner hat ein Recht darauf („ist auf Antrag zurückzuweisen").

Ueber den Antrag entscheidet das Prozeßgericht (nicht der beauftragte oder ersuchte Richter) nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurtheil (s. § 275 Anm. 1b) oder in den Gründen des Endurtheils (Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 495, Gaupp II S. 250, Petersen §§ 338, 339 Nr. 2d und in Busch, Zeitschr. IV S. 318 u. A. A. M. Endemann a. a. O., welcher die Zurückweisung durch Beschluß geschehen läßt). Ist ein Antrag auf Zurückweisung nicht gestellt, so erfolgt die Anordnung durch Beweisbeschluß.

5) § 339 gilt (gemäß der Regel des § 485) auch in der Berufungsinstanz (anders § 252; vgl. das. Anm. 5 und § 502). Die in erster Instanz auf Grund desselben zurückgewiesenen Beweismittel können dagegen in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

§ 340.

1) Die Regel des § 320 gilt auch für den Zeugenbeweis in Uebereinstimmung mit Hann. PO. § 272, Bayer. PO. Art. 402–405, Württ. PO. Art. 468, 469, H. E. § 329, N. E. § 499, dem englischen Prozesse und den Forderungen neuerer Reformschriftsteller in Frankreich. Sie ist gerade hier mit Rücksicht auf § 259 von besonderer Bedeutung und wird in ihrer Anwendung durch § 147 sehr erleichtert.

2) Abs. 1: Nur wenn eine der in Nr. 1–4 gestatteten Ausnahmen klar vorliegt, ist von der fraglichen Befugniß Gebrauch zu machen. (Anders § 337 Abs. 2.) Der Beschluß ist nicht anfechtbar (vgl. § 320 Anm. 3). Eine andere Ausnahme s. in § 347.

— „anderen Gericht" — vgl. § 320 Anm. 2. Wegen der Kosten s. GVG. §§ 165, 166, GKG. § 79 Nr. 5.

3) Nr. 1: Auch in diesem Falle behält das „kann" seine Bedeutung. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das ganze Prozeßgericht sich zur Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle begiebt. Vgl. §§ 196 Abs. 1, 337 Anm. 2.

4) Nr. 2: — „erheblichen Schwierigkeiten" — d. h. solchen, welche in der Art der Beweisaufnahme liegen, z. B. wenn eine sehr umständliche und zeitraubende Vorlegung von Akten, Büchern ꝛc. zur Information des Zeugen erforderlich ist, nicht solchen, welche durch die Geschäftsverhältnisse des Gerichts bedingt werden (wie in der RTK. konstatirt ist — Prot. S. 126). Auch ist es absichtlich vermieden, ausdrücklich als erhebliche Schwierigkeit (mit dem H. E. und N. E.) den Umstand hervorzuheben, daß die unmittelbare Beweisaufnahme (z. B.

§ **341.** Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde.

Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 127, 128, 671, 675–678.

---

wegen großer Anzahl der Zeugen) sehr zeitraubend sein würde. Es kommt auf das sachlich begründete Ermessen des Gerichts an. Bloße Unzweckmäßigkeit genügt nicht. (Der Antrag, die Nr. 2 zu fassen: „wenn die Beweisaufnahme wegen ihrer Beschaffenheit nicht zweckmäßig vor dem Prozeßgerichte zu erheben sein würde", ist von der RTK. bei Revision der zweiten Lesung abgelehnt.)

5) Nr. 3: — „verhindert" — z. B. durch Krankheit, Gebrechlichkeit. Vorübergehende Verhinderung, z. B. durch Amtsgeschäfte, wird in der Regel kein ausreichender Grund sein. Vgl. § 196 Abs. 1. Daß Amtsgeschäfte, abgesehen von § 347, überhaupt kein Hinderungsgrund seien, wie Sarwey I S. 497 meint, geht zu weit. (Vgl. auch Gaupp II S. 251, Petersen § 340 Nr. 4 u. A.)

6) Nr. 4: — „in großer Entfernung" — Welche Entfernung als groß anzusehen, unterliegt (wie nach Code de proc. art. 255, 1035) dem Ermessen des Gerichts im einzelnen Falle; es wird dabei hauptsächlich auch das Verhältniß der Reisekosten des Zeugen zu dem Werthe des Gegenstandes seiner Aussage zu beachten sein.

7) Abs. 2: vgl. § 196 Abs. 2, EG. z. CPO. § 5.

§ 341.

1) Die Bestimmung ist bei Revision der zweiten Lesung von der RTK. auf den Vorschlag der Regierungen (mit einigen Modifikationen) eingeschaltet, um das öffentliche Interesse an der Wahrung des Amtsgeheimnisses besser zu schützen, als dies durch § 348 Nr. 5 oder durch dienstpragmatische Bestimmungen, wie § 12 Abs. 2 des Reichsbeamten-Gesetzes vom 31. März 1873 (RGBl. S. 61), geschehen kann, und um gleichzeitig die Kongruenz mit der StrPO. § 53 herzustellen.

„Oeffentliche Beamte" — ist gleichbedeutend mit „Beamte" in §§ 715 Nr. 7, 749 Nr. 8, 791. Vgl. § 715 Anm. 7 und EG. z. GVG. § 11 Anm. 5. Indessen sind die in § 715 besonders genannten Notare hier mitbegriffen (vgl. StrGB. § 359, Puchelt II S. 172, Wilm.-Levy Anm. 1, Petersen § 341 Nr. 2, A. Förster Anm. 2 u. A. A. M.: Gaupp II S. 253, v. Bülow Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 2). Auf eine weitere Ausdehnung des Begriffs (vgl. Endemann II S. 208, 209) ist aus § 350 Abs. 2 nicht zu schließen. Enger ist der Begriff „Staatsbeamte" in GVG. § 70 Abs. 3.

Nach § 6 der Schiedsmannsordn. v. 29. März 1879 (GS. S. 321) gehören in Preußen auch die Schiedsmänner hierher [vgl. auch Turnau: Die Justizverfassung in Preußen II S. 392 Anm. 3 u. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 1. Nov. 1880 (JMBl. S. 248)].

2) Abs. 2: Die Prüfung der Frage, ob Gründe zur Versagung der Genehmigung vorliegen, gebührt der Natur der Sache nach dem Kaiser bzw. dem Landesherrn bzw. Senat bzw. der vorgesetzten Dienstbehörde, nicht dem Gerichte. Ebendeshalb braucht dem Prozeßgerichte nicht mitgetheilt zu werden, worin der zu besorgende Nachtheil besteht. Die Vorschrift ist nicht auf den Fall auszudehnen, wenn in einem Prozesse, in welchem der Fiskus selbst Partei ist, der

§ 342. Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien;
2. die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;
3. die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.

N. Entw. §§ 500, 501. Entw. I. § 315. Entw. II. § 326. Entw. III. § 331. Mot. S. 249. Prot. S. 126.

---

letztere durch die Aussage des Beamten benachtheiligt werden würde — wie in der RTK. von allen Seiten anerkannt ist.

3) Abs. 3: — „durch das Prozeßgericht" — Die Einholung erfolgt von Amtswegen ohne Rücksicht darauf, ob der Beamte das Zeugniß verweigert. Freilich wird das Gericht häufig nicht in der Lage sein, zu beurtheilen, ob die fraglichen Umstände unter das Gebot der Amtsverschwiegenheit fallen, und daher erst auf Anregung des Beamten sich mit der vorgesetzten Behörde desselben in Verbindung setzen (vgl. auch A. Förster Anm. 3). Der Beamte kann selbstverständlich den Mangel der Genehmigung in dem geordneten Wege (§§ 351 ff.) geltend machen (vgl. § 348 Anm. 2). Ob das Prozeßgericht sich in dem Falle Abs. 1 Satz 2 unmittelbar oder durch seine vorgesetzte Dienstbehörde an den Kaiser oder den Landesherrn bzw. Senat zu wenden hat, ist Sache der Pragmatik des Justizdienstes. Wird die Genehmigung ertheilt, so können noch § 348 Nr. 5 und das. Abs. 3 zur Anwendung kommen. Dem Prozeßgericht steht im Falle der Versagung eine Beschwerde nicht zu; ob der Partei, hängt von dem Staatsrecht des Staates ab, dem die Dienstbehörde angehört (Petersen § 341 Nr. 1, Seuffert Anm. 3, Gaupp II S. 253, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M. Sarwey I S. 498, welcher umgekehrt dem Prozeßgericht ein Beschwerderecht giebt).

4) Ueber die Vergütung für öffentliche Beamte s. GO. f. Z. u. S. § 14.

§ 342.

1) Abs. 1 entspricht dem im Stadium der Beweisaufnahme geltenden Grundsatze des Offizial-Betriebs, namentlich auch hinsichtlich der Zustellung einer Ausfertigung (s. § 156 Anm. 2; vgl. auch §§ 191 Anm. 2, 354 Abs. 2). Der Gerichtsschreiber des ladenden Gerichts, nicht nothwendig des Prozeßgerichts (A. M. nur Uebel I S. 321), übergiebt die von ihm ausgefertigte Ladung einem Gerichtsvollzieher bzw. in entsprechender Anwendung des § 179 der Post (so auch Seuffert § 179 Anm. 3, Sarwey I S. 499, Endemann II S. 210, Kleiner II S. 289, Gaupp II S. 255, A. Förster Anm. 1. A. M.: Petersen §§ 342—344 Nr. 2, Hellmann II S. 225, Wilm. Levy Anm. 1, welche die unmittelbare Beauftragung der Post durch den Gerichtsschreiber nicht für zulässig halten) zur Zustellung (§§ 154, 155, 175—179). Oeffentliche Zustellung ist unstatthaft. (So auch Wilm. Levy Anm., Gaupp II S. 255 u. A. A. M. Petersen a. a. O.) Wohl aber kommen selbstverständlich die Vorschriften über die Ersatzzustellung (§§ 166—169) auch in Betreff der Zeugen zur Anwendung.

Das bloße Erbieten der Partei, den Zeugen zu gestellen oder die Zustellung zu besorgen, macht die gerichtliche Ladung nicht entbehrlich (wie Entw. I §§ 315, 319 wollte). Auch erscheint eine analoge Anwendung des nur von der Ladung der Parteien sprechenden § 195 auf die Ladung von Zeugen zur Fortsetzung der Vernehmung bedenklich. (A. M. Wilm. Levy Anm. 4.)

2) Abs. 2 stellt den Inhalt der Ladung fest. Bedeutungsvoll ist das „muß". Fehlt etwas, so braucht der Zeuge die Ladung nicht zu beachten (vgl. auch § 345 — „ordnungsmäßig"; Heilbut im civ. Arch. 69 S. 399, 400). Indessen sind die Mängel verzichtbar (vgl. § 267).

3) Nr. 2: Diese Vorschrift (vgl. § 338) stimmt nicht mit dem gemeinen Rechte, wohl aber mit der Preuß. AGO. I 10 § 171 („im Allgemeinen"), Code de proc. art. 260, Bayer. PO.

§ **343.** Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 332. Mot. S. 249, 250. Prot. S. 126.

Art. 409. Württ. PO. Art. 471 und den bedeutendsten Entwürfen überein. Sie gewährt dem Zeugen die Mittel zur Vorbereitung für das abzulegende Zeugniß durch Schärfung seiner Erinnerung und Einsicht etwaiger Notizen und beugt der sonst oft unvermeidlichen Vereitelung der Beweistermine vor.

4) Nr. 3: Die „Anweisung“ ertheilt der Gerichtsschreiber Namens des ladenden Gerichts (s. Anm. 1), während sonstige Ladungen in der Regel durch die Partei erfolgen (§ 191). Die „durch das Gesetz angedrohten Strafen“ bedürfen keiner näheren Bezeichnung; nicht einmal die Bezugnahme auf § 345 (Siebenhaar S. 381) wird nothwendig sein, obschon dieselbe zweckmäßig ist (Petersen a. a. O., Gaupp II S. 255). Vgl. StrPO. § 48 Abs. 1.

Daß der Zeuge im Bezirke eines anderen Gerichts wohnt, entbindet ihn nicht von Befolgung der Anweisung und bedingt nicht [wie nach gem. R. (Wetzell S. 215) u. Preuß. AGO. I 10 §§ 175—177] die Vermittelung seines persönlichen Richters (NE. § 503). Jedes deutsche Gericht hat in dieser Beziehung „Gerichtszwang“. § 40 Abs. 2 des Rechtshülfeges. v. 21. Juni 1869 ist aufgehoben (s. GVG. § 161 u. allg. Bem. z. GVG. Tit. 13 unter 3; vgl. auch oben S. 200 Anm. 2 zu Tit. 3).

Auch bezüglich der Beamten gilt keine Ausnahme (wie nach Anh. § 52 z. Preuß. AGO. I 7 § 1), wohl aber bezüglich des Soldatenstandes nach § 343.

5) Ausländer können ebenfalls direkt geladen werden (A. M. Kleiner II S. 291, Seuffert Anm. 5d), wenngleich gegen sie, sofern sie nicht im Inlande sich aufhalten, selbstverständlich, abgesehen von etwaigen Staatsverträgen, kein Zeugnißzwang stattfindet. — Wegen der Vernehmung im Auslande vgl. §§ 328 ff.

Wegen der Vernehmung von Exterritorialen (GVG. §§ 18 Anm. 5, 19, 21) ist nichts bestimmt. Hinsichtlich der deutschen wird nach § 183 zu verfahren, aber auch hinsichtlich nichtdeutscher Exterritorialen wird die Vermittelung des Reichskanzlers bzw. des betreffenden Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten zu erbitten sein (N. E. §§ 534, 535, Nordd. Prot. S. 748—750), falls der Exterritoriale nicht im voraus erklärt, erscheinen zu wollen. (So auch Wilm. Levy Anm. 5, während Gaupp II S. 256, Seuffert Anm. 5a und A. Förster Anm. 6 die zuständige Behörde des fremden Staates, in welchem der ausländische Exterritoriale seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, unmittelbar um die Ladung ersuchen wollen.)

§ 343.

1) Der Grund der Ausnahme von § 342 liegt nach den Mot.

„in dem eigenthümlichen Charakter des militärischen Dienstverhältnisses. Da die dienstliche Abkömmlichkeit dieser Militärpersonen nur durch die militärischen Vorgesetzten beurtheilt und herbeigeführt werden kann, so ist deren Vermittelung unentbehrlich, um im allseitigen Interesse Kollisionen zwischen den verschiedenen Verpflichtungen jener als Zeugen zu ladenden Militärpersonen auszuschließen.“

Vgl. auch §§ 158, 184 u. StrPO. § 48 Abs. 2.

2) — „dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes“ — Darunter fallen (abweichend von § 158, wo nur von Unteroffizieren und Gemeinen die Rede) auch die Offiziere. Im Uebrigen s. §§ 14 Anm. 1, 158 Anm. 2. Die zum aktiven Heere gehörigen Militärbeamten (dieselben sind „Militärpersonen“) und die Civilbeamten der Militärverwaltung gehören nicht dem „Soldatenstande“ an [vgl. Anlage z. Mil.Str.GB. v. 20. Juni 1872 (RGBl. S. 174) u. Beilage I des Ges. v. 3. August 1878 (RGBl. S. 243)], fallen also nicht unter § 343. Vgl. auch §§ 699, 749 Nr. 5; anders: §§ 14, 15, 21, 345 Abs. 4, 355 Abs. 4, 374 Abs. 3, 673, 749 Nr. 6, 785 Nr. 2, 793.

Das Gensdarmeriekorps gehört nicht zum aktiven Heere, da § 38 des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 1874 die Mitglieder desselben nicht zu den Personen des aktiven Heeres rechnet (Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 342—344 II 1, Fuchs in Goltdammer, Arch. f. Strafrecht 28 S. 196; vgl. jedoch preuß. OT. in Oppenhoff, Rechtspr. d. OT. 19 S. 14 ff.). In Preußen ist nach der Allg. Verf. des Justizmin. v. 29. Juli 1880 (JMBl. S. 186) bei der Ladung eines Landgensdarmen der vorgesetzten Civildienstbehörde Abschrift der Ladung unter Kouvert portofrei zu übersenden. Kosten sind jedoch dafür den Parteien nicht in Rechnung zu stellen.

3) „Die Ladung — erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde" — Eine Ladung nach § 342 wird somit überhaupt nicht ausgefertigt.

Ob das Ersuchungsschreiben von dem Gerichtsschreiber (Endemann II S. 212, Hellmann II S. 227, Sarwey II S. 501, u. A.) oder von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter (Seuffert Anm. 3, Siebenhaar S. 382, Petersen, §§ 342—344 II 3, Gaupp II S. 256 u. A.) zu erlassen ist, ist nicht ganz deutlich. Da es sich nicht blos um Ausfertigung einer Ladung (§ 342) handelt, sondern um Ersuchen einer Rechtshülfe (vgl. GVG. § 158 Anm. 1), sowie mit Rücksicht auf die Analogie der §§ 185, 699 Abs. 1, 793 erscheint die zweite Alternative als die richtige. Vgl. auch Allg. Verf. d. preuß. Justizmin. v. 31. Okt. 1881 Nr. 1 (JMBl. S. 257).

Das Ersuchungsschreiben hat zwar die Bezeichnung der Parteien und des Gegenstandes der Vernehmung (§ 342 Abs. 2 Nr. 1 u. 2), aber nicht die Anweisung (das. Nr. 3) zu enthalten. Letztere (die Paritionsordre) zu ertheilen (nicht blos die Zustellung der Ladung zu bewirken), ist Sache der Militärbehörde. (Anders bei der Zwangsvollstreckung — § 673: „Anzeige".) Hiermit erst ist die Ladung beendet (Prot. S. 302). Vgl. Anh. §§ 54, 55 z. Preuß. AGO. I 7 § 19, Kab.-O. v. 22. März 1827 (GS. S. 31).

Die Bestimmung gilt auch für die im Auslande oder bei einem mobilen Truppentheil befindlichen Personen des Soldatenstandes.

4) Im Einverständniß mit dem Reichs-Justizamt sind von dem K. Preuß., Bayer., Württ. u. Sächs. Kriegsminister für den Bereich der bezüglichen Heereskontingente sowie von dem Chef der Kaiserl. Admiralität für den Bereich der Kais. Marine zur Feststellung des Begriffs „Militärbehörde" in § 343 folgende Bestimmungen erlassen (Centr.-Bl. f. d. D. Reich 1880 Nr. 26; s. auch Preuß. JMBl. 1880 S. 156):

„Unter „Militärbehörde" ist zu verstehen:

a. für die Armee:

1. In Ansehung derjenigen Offiziere und im Offizierrange stehenden Militärärzte, welche im Verbande eines Regiments oder selbständigen Bataillons ꝛc. stehen, der Kommandeur dieses Regiments, bezw. selbständigen Bataillons ꝛc.;
2. in Ansehung aller übrigen Offiziere und im Offizierrange stehenden Militärärzte der zunächst vorgesetzte Militärbefehlshaber, bzw. wenn sie einem solchen nicht unterstellt sind, das Kriegsministerium;
3. in Ansehung der Unteroffiziere, der im Unteroffizierrange stehenden Militärärzte und der Gemeinen der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie usw.) (vgl. §. 158 der CPO.);

b) für die Kaiserliche Marine:

1. In Ansehung derjenigen Offiziere und im Offizierrange stehenden Personen des Soldatenstandes,*) welche im Verbande einer Division, der Schiffsjungen-Abtheilung oder des Seebataillons stehen oder welche zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeuges gehören, der Kommandeur des betreffenden Marinetheils resp. der Kommandant des betreffenden Schiffes oder Fahrzeuges;

---

*) Mitglieder des Sanitäts-Offizier-Korps, des Maschinen- und Torpeder-Ingenieur-Korps.

§ 344. Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

N. Entw. §§ 509, 510. Entw. I. § 316. Entw. II. § 327. Entw. III. § 333. Mot. S. 250. Prot. S. 126, 131.

---

2. in Ansehung aller übrigen Offiziere und im Offizierrange stehenden Personen des Soldatenstandes der zunächst vorgesetzte Befehlshaber;
3. in Ansehung der Unteroffiziere,**) der im Unteroffizierrange stehenden Militärärzte und der Gemeinen der Befehlshaber der zunächst vorgesetzten Marinebehörde (Abtheilung, Kompagnie, Schiff oder Fahrzeug, Vorstand der technischen Behörde usw.)."

5) Wegen der Folgen des Ausbleibens bzw. der Weigerung s. §§ 345 Abs. 4, 355 Abs. 4.

§ 344.

1) Abs. 1.: „Das Gericht" — Ob dies wörtlich und restriktiv auszulegen, also nur das Prozeßgericht, nicht der beauftragte oder ersuchte Richter zu der Vorschußforderung befugt sein soll, ist streitig. Für die gleiche Befugniß des Letzteren (Sarwey I S. 502, Fitting S. 174) spricht, daß die Veranlassung sich oft erst bei der Ausführung des Auftrags bzw. Ersuchens ergeben kann. Indessen ist es doch bedenklich, den § 365 auf die Befugniß des § 344 auszudehnen, welche die Ausführung des Beweisbeschlusses ganz vereiteln kann. (Vgl. auch Petersen §§ 342—344 III, A. Förster Anm. 1a, Hellmann II S. 227, Gaupp II S. 258, L.H. in Busch, Zeitschr. V S. 446 ff., OLG. Nürnberg das. VI S. 129, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 347, OLG. Dresden in D. J. Ztg. 1885 S. 633, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A.)

— „kann abhängig machen" — nur fakultativ, weil sonst, wie die Mot. hervorheben, das Verfahren bei zweifellos vermögenden Parteien ohne Grund Aufenthalt erleiden würde. Das Gericht kann jedoch auch bei anderen Personen von einem Vorschuß Abstand nehmen (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 503). Unanwendbar ist § 344 auf Personen, welche das Armenrecht genießen (§ 107 Nr. 1). Vgl. GKG. § 3.

Der Beschluß kann nur vor der Ladung (s. Abs. 2), wenngleich nach dem Beweisbeschlusse, erlassen werden; im letzteren Falle ist er von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Bei der Auflage ist die Summe und die Frist zu bestimmen.

Der Beschluß setzt zwar eine vorgängige mündliche Verhandlung zur Hauptsache voraus; indessen ist es nicht erforderlich, daß bei Gelegenheit derselben auch besonders über die Auflage eines Vorschusses verhandelt wurde; der Natur der Sache nach kann das Gericht den Beschluß auch von Amtswegen erlassen, weil er zur Sicherung der Staatskasse dienen soll. Der Beschluß unterliegt daher nach § 350 bzw. § 4 d. GKG. der Beschwerde (vgl. auch Sächs. Ann. III S. 257. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2 a. E.).

2) — „zur Deckung der Staatskasse" — denn diese hat den Zeugen zu entschädigen (§ 366, GO. f. Z. u. S. § 17 Abs. 2). Auch der Zeuge selbst kann unter Umständen einen Vorschuß fordern (GVG. § 166 Abs. 3).

— „wegen — Auslagen" — vgl. GKG. §§ 79 Nr. 4, 84. Die Bestimmung des § 84 ist zwar nicht bloß fakultativ; indessen kann die Vornahme der Handlung, abgesehen von § 344, nur im Falle des § 85 Abs. 5 versagt werden. Verschieden davon ist der Gebührenvorschuß, welcher für jede Instanz zu zahlen ist (GKG. §§ 81 ff.). Vgl. § 340 Anm. 2.

— „hinterlegt" — d. h. bei der mit Erhebung bzw. Zahlung der Gerichtskosten beauftragten Amtsstelle, von welcher seiner Zeit der Zeuge befriedigt wird (s. § 366 Anm. 2).

3) Abs. 2 entspricht dem § 321. Nach Ablauf der Frist, welche übrigens nach § 202 verlängert werden kann, erfolgt die Ladung also nur, sofern dadurch das Verfahren nicht ver-

---

**) einschließlich der Deckoffiziere.

§ 345. Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

N. Entw. § 504. Entw. I. § 317. Entw. II. § 328. Entw. III. § 334. Mot. S. 250—252. Prot. S. 126, 127, 131, 148, 149, 678, 679.

---

zögert wird. Dagegen ist die Benutzung des Beweismittels, sofern sie ohne Ladung (im Falle der Sistirung des Zeugen) erfolgen kann, nicht ausgeschlossen. (Vgl. auch RG. VII S. 390.)

4) § 344 findet nach § 367 auch auf den Beweis durch Sachverständige entsprechende Anwendung (RG. VII S. 390, Hellmann II S. 267 u. Lehrb. S. 566, Petersen §§ 367, 368 Nr. 1 a. E., A. Förster Anm. 5, jetzt auch Seuffert § 367 Anm. A. M. Gaupp II S. 304). Die Folge der Nichterlegung des Vorschusses ist jedoch nur, daß die im Beweisbeschlusse bezeichneten Sachverständigen nicht geladen werden, wogegen ein Antrag auf Vernehmung anderer Sachverständiger oder Zuziehung solcher von Amtswegen nicht ausgeschlossen ist (RG. a. a. O.). Bei einer Zuziehung Sachverständiger von Amtswegen findet dagegen trotz § 135 Abs. 2 der § 344 keine Anwendung (vgl. § 135 Anm. 2).

§ 345.

Literatur: Fr. Abegg: Zeugnißpflicht u. Zeugnißzwang nach den d. Reichs-Prozeßordnungen. Straßburg 1885.

Vgl. StrPO. § 50.

1) Abs. 1: Die Zeugnißpflicht wurzelt im öffentlichen Rechte (vgl. §§ 348—355 Anm. 2). Ein Strafantrag der Partei wegen des Ausbleibens ist daher nicht erfordert (vgl. auch Preuß. AGO. I 10 §§ 183 ff., Code de proc. art. 263, 264, Hann. PO. §§ 258, 259 ꝛc.), und selbst gegen den Antrag tritt die Strafe ein (Puchelt II S. 176 Anm. 2). Die Strafe ist eine „Ordnungsstrafe" (StrGB. § 138 Abs. 3), also disziplinärer Natur. (So auch Seuffert Anm. 6, Wilm. Levy Anm. 4, Geyer, Strafprozeßrecht I S. 512, John, Komm. z. StrPO. I S. 83 ff., 538 ff. u. A. A. M.: v. Lilienthal im Rechtslex. III S. 1421, 1422, Hellmann, Lehrb. S. 515 ff., welche eine Deliktsstrafe — wegen Verletzung der Erscheinungspflicht — annehmen. Abegg a. a. O. S. 30 f. hält für die zwiespältige Natur der „Strafe" in Abs. 1 u. 2, § 355 Abs. 1, welche gewisse Merkmale der Strafe und des Zwanges in sich vereinige, den Ausdruck „Zwangsstrafe" für den bezeichnendsten.) Die RTK. hat daher der (vom Abg. v. Schwarze gerügten) Inkongruenz mit den §§ 28, 29 d. StrGB. keine Bedeutung beigemessen. Daß die eventuelle Freiheitsstrafe sofort bei Verhängung der Geldstrafe festgestellt wird, beruht auf Rücksichten der Einfachheit. Wegen Vollstreckung der Geldstrafe kommen die Vorschriften des Buch 8 Abschn. 2 zur Anwendung (StrPO. § 495). Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung (StrGB. § 18). Auf dieselbe kommen die §§ 785—794 nicht zur entsprechenden Anwendung (vgl. d. allg. Bem. z. diesen §§ u. GVG. §§ 178, 179 Anm. 3), vielmehr die Bestimmungen der StrPO. über Vollstreckung von Freiheitsstrafen (vgl. § 3 Abs. 1 d. E. G. z. StrPO.). Von einer anderen Haft, bei welcher ersteres allerdings der Fall ist, redet im Falle der Zeugniß-Weigerung § 355 Abs. 2.

— „ordnungsmäßig geladener" — vgl. §§ 342, 343. Eine Ladungsfrist (§ 194) ist nicht vorgeschrieben; über die Rechtzeitigkeit der Ladung entscheidet daher das richterliche Ermessen.

Späteres Erscheinen wendet die Folgen des Ungehorsams nicht (wie im Falle des § 197) ab. Vgl. jedoch § 346 Abs. 1.

— „welcher nicht erscheint" — nämlich beim Aufruf der Sache (§ 197 Abs. 1), mag auch der Termin noch nicht geschlossen sein, wenn der Zeuge nachträglich erscheint. Indessen ist ein Ermessen, ob der Zeuge nicht dennoch zu vernehmen, in diesem Falle nicht unstatthaft (s. Wilm. Levy Anm. 1). Wer sich nachträglich unbefugt entfernt oder nach § 144 entfernt wird, wird als nicht erschienen behandelt. (So auch Hellmann II S. 229 u. Lehrb. S. 517, Seuffert Anm. 3, Glaser, Handb. d. Strafproz. I S. 485 Anm. 4, John a. a. O. S. 536, Gaupp II S. 260, 280 u. A. A. M.: Endemann II S. 214, der § 355 anwenden will, u. Geyer a. a. O. S. 513 Anm. 4.) Die Folgen der Zeugnißweigerung (§ 353) können daneben vorkommen (s. Prot. S. 129).

2) Abs. 2: Die Aenderung des Entwurfs „die Strafe verdoppelt" in „die Strafe noch einmal erkannt" beruht auf einem von der RTK. angenommenen Vorschlage des Abg. Reichensperger, die Worte „die Strafe verdoppelt" zu streichen. Ueber das in Abs. 1 bestimmte Maximum darf also auch in diesem Falle nicht hinausgegangen, und ebensowenig darf, wenn der Zeuge nochmals ausbleibt, die Strafe zum dritten Mal erkannt werden. (So auch Endemann II S. 215 Anm. 6, Sarwey I S. 504, Seuffert Anm. 4, Gaupp II S. 261, v. Bülow Anm. 3, A. Förster Anm. 5. A. M.: Petersen §§ 345, 346 I 2, Hellmann II S. 231, 232, Kleiner II S. 296, Uebel I S. 324, Wilm. Levy Anm. 6, welche, entgegen der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des Abs. 2, bei jedem wiederholten Ausbleiben eine neue Strafe für zulässig erachten.) Das „kann" ist übrigens insofern undeutlich, als nach der Absicht der Aenderung das Erkennen auf die Strafe nicht fakultativ, sondern obligatorisch ist (s. auch Petersen a. a. O., Sarwey I S. 504 u. A.).

Die zur Erzwingung des Zeugnisses bestimmte Vorführung ist gleichfalls nicht von einem Antrage des Beweisführers abhängig (wie vergeblich in der RTK. beantragt wurde). Die Vorführung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher (s. GO. f. GV. § 9 Abs. 1).

Die Kosten (s. Abs. 1) sind dem Zeugen in jedem Wiederholungsfalle aufzuerlegen.

3) Abs. 3: Der Beschluß (Abs. 1 u. 2) wird von dem Prozeßgericht bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 365) sogleich bei der Verhandlung, in welcher der Zeuge ausgeblieben ist, oder auch nachher ohne mündliche Verhandlung gefaßt (§ 119 Anm. 4a) und von Amtswegen zugestellt (§§ 294 Abs. 3, 671 Abs. 1; Puchelt II S. 177, Sarwey I S. 503, 504, Gaupp II S. 260 ꝛc.). Anhörung des Zeugen (zur Verantwortung) ist nicht erforderlich (vgl. § 346 Abs. 2). — Die Beschwerde (nicht die „sofortige Beschwerde", wie in § 352) hat in diesem Falle aufschiebende Wirkung (§ 535 Abs. 1). — Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 8). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

4) Abs. 4 ist eine Konsequenz des § 343 und des fortbestehenden besonderen Militärgerichtsstandes in Strafsachen (namentlich bezüglich der subsidiären Haft). Daß nicht bloß die Vollstreckung, sondern auch die Festsetzung der Strafe gegen Militärpersonen (nicht blos gegen Personen des Soldatenstandes wie in § 343) dem Militärgericht anheimfällt, soll eine doppelte Bestrafung derselben Handlung (aus § 345 und wegen Ungehorsams gegen den militärischen Befehl — s. Mil.StrGB. § 92) verhüten. Ein Antrag, die Worte „die Festsetzung und" zu streichen, ist von der RTK. abgelehnt. Vgl. §§ 355 Abs. 4, 374 Abs. 3, auch StrPO. §§ 50 Abs. 4, 69 Abs. 6, 77 Abs. 4, Mil. Ges. vom 2. Mai 1874 § 39 (RGBl. S. 45),

Das Ersuchungsschreiben ist vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter zu erlassen (vgl. § 343 Anm. 3). Wegen der Vollstreckung s. §§ 673, 699.

5) Im Einverständniß mit dem Reichs-Justizamt sind von dem K. Preuß. usw. Kriegsminister, sowie von dem Chef der Kais. Admiralität zur Feststellung des Begriffs „Militärbehörde" in § 345 folgende Bestimmungen erlassen (vgl. § 343 Anm. 4):

§ 346. Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle

---

„Unter „Militärbehörde" ist zu verstehen:

a) für die Armee:

1. In Betreff derjenigen Offiziere, im Offizierrange stehenden Militärärzte und oberen Militärbeamten, welche im Verbande eines Regiments oder selbständigen Bataillons ꝛc. stehen, der Kommandeur dieses Regiments bezw. selbständigen Bataillons ꝛc.;
2. in Betreff aller übrigen Offiziere, im Offizierrange stehenden Militärärzte und oberen Militärbeamten — von letzteren die unter 3 aufgeführten ausgenommen —, sowie hinsichtlich der sämmtlichen unteren Militärbeamten der zunächst vorgesetzte Militärbefehlshaber,*) bezüglich jedoch derjenigen Offiziere, welche einem Militärbefehlshaber nicht unterstellt sind, das Kriegsministerium;
3. in Betreff derjenigen oberen Militärbeamten, welche nur den ihnen vorgesetzten höheren Beamten bezw. Verwaltungsbehörden untergeordnet sind, der zunächst vorgesetzte höhere Beamte bezw. die zunächst vorgesetzte Verwaltungsbehörde;
4. in Betreff der Unteroffiziere, der im Unteroffizierrange stehenden Militärärzte und der Gemeinen wie zu I 3.

(Vorstehende Festsetzungen finden für die nach §. 104 der Konkursordnung der „Dienstbehörde des Gemeinschuldners" zu machende Mittheilung, sofern jene Behörde eine Militärbehörde ist, gleichmäßig Anwendung).

b) für die Kaiserliche Marine:

1. In Betreff derjenigen Offiziere, im Offizierrange stehenden Personen des Soldatenstandes und Militärbeamten, welche im Verbande einer Division, der Schiffsjungen-Abtheilung oder des Seebataillons stehen, oder welche zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeuges gehören, der Kommandeur des betreffenden Marinetheils bezw. der Kommandant des betreffenden Schiffes oder Fahrzeuges;
2. in Betreff aller übrigen Offiziere, im Offizierrange stehenden Personen des Soldatenstandes und Militärbeamten — von letzteren die unter 3 aufgeführten ausgenommen — der zunächst vorgesetzte Befehlshaber**);
3. in Betreff derjenigen Militärbeamten, welche nur den ihnen vorgesetzten höheren Beamten bezw. Verwaltungsbehörden untergeordnet sind, der zunächst vorgesetzte Beamte bezw. die zunächst vorgesetzte Verwaltungsbehörde;
4. in Betreff der Unteroffiziere, der im Unteroffizierrange stehenden Militärärzte und der Gemeinen wie zu I 3.

(Vorstehende Festsetzungen finden für die nach §. 104 der Konkursordnung der „Dienstbehörde des Gemeinschuldners" zu machende Mittheilung, sofern jene Behörde eine Militärbehörde ist, gleichmäßig Anwendung.)"

6) Entsprechende Anwendung der §§ 345, 346 gegen nicht erschienene Parteien in Ehesachen verordnet § 579 Abs. 3.

§ 346.

Vgl. StrPO. § 50.

1) Abs. 1: Eine weitere Konsequenz des dem § 345 zu Grunde liegenden Prinzips ist es, daß nur unter der in Satz 1 bezeichneten Voraussetzung die Verurtheilung des ungehorsamen

---

*) Bei den militärärztlichen Bildungsanstalten der Direktor.

**) Bei den militärischen Bildungsanstalten der Marine der Direktor, bei den Werften der Ober-Werftdirektor.

des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.

R. Entw. § 505. Entw. I. § 318. Entw. II. § 329. Entw. III. § 335. Mot. S. 250—252. Prot. S. 127

§ 347. Der Reichskanzler, die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden und die Vorstände der Ministerien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesraths sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesraths an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung an diesem Orte zu vernehmen.

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:
in Betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,
in Betreff der Minister und der Mitglieder des Bundesraths der Genehmigung des Landesherrn,
in Betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,
in Betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,
in Betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.

R. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 679—682, 747.

Zeugen unterbleibt. Das Vorhandensein eines Weigerungsgrundes ist kein genügender Grund (s. § 351. A. M. Siebenhaar S. 384). Ebenso ist es, wie auch die Mot. bemerken, an sich unerheblich, ob der Beweisführer auf die Vernehmung nachträglich verzichtet, oder ob diese aus anderen Gründen nicht erforderlich ist (R. E. § 405 Abs. 2; vgl. Endemann II S. 216 u. A.), wodurch jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß das Gericht auf dergleichen Umstände bei Prüfung der Entschuldigung nach ihrer subjektiven Seite Rücksicht nimmt (Siebenhaar S. 384, Sarwey I S. 506). Einen genügenden Entschuldigungsgrund s. dagegen in GVG. § 166 Anm. 3 a. E.

Glaubhaftmachung ist nicht erfordert. Wegen Bestrafung unwahrer Behauptungen s. StrGB. § 138.

In Satz 2 wird neben der Beschwerde (§ 345 Abs. 3) ein zweiter bequemer Weg zur Wiederaufhebung der getroffenen Anordnungen eröffnet. Die Wiederaufhebung steht dem Prozeßgericht auch hinsichtlich der Anordnungen des beauftragten oder ersuchten Richters zu (Hellmann II S. 233). Ob auch die Verurtheilung in die Kosten wieder aufzuheben ist, wird davon abhängen, ob der Zeuge sich vor dem Termine hätte entschuldigen können. (Vgl. auch Siebenhaar S. 384, Sarwey I S. 506, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. Gegen theilweise Aufhebung: v. Lilienthal im Rechtslex. III S. 1422, A. Förster Anm. 2.)

2) In dem Zwischenverfahren gegen den Zeugen gilt nach Abs. 2 kein Anwaltszwang. Dasselbe ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 8). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 347.

Vgl. StrPO. § 49.

1) Die Bestimmung ist bei Revision der zweiten Lesung in der RTK. von den Regierungen beantragt, um Kollisionen der Erscheinungspflicht mit den Pflichten und Anforderungen des öffentlichen Dienstes vorzubeugen und die betreffenden Beamten vor den Schwankungen des richterlichen Ermessens (§ 340) sicherzustellen, wie dies auch nach franz. Recht in noch weitergehender Weise geschehen sei. Die RTK. erklärte sich schließlich nach Aufnahme des § 49 der StrPO. für die Aufnahme der gleichen Bestimmung in die CPO. Im Reichstage nochmals

beanstandet, wurde der angeführte § 49 gleichwohl aufrecht erhalten und § 347 der StPO. demzufolge nicht weiter angefochten (Sten. Ber. des RT. Sitzung vom 28. Nov. 1876. S. 417—425).

2) Abs. 1: „Der Reichskanzler" — Demselben steht hier der allgemeine Stellvertreter (Vizekanzler) gleich [vgl. Ges. vom 17. März 1878 § 2 (RGBl. S. 7)].

— „die Vorstände der obersten Reichsbehörden" — Hierher gehören nach dem der Verordnung vom 23. November 1874 angehängten Verzeichnisse unter I (RGBl. S. 136) der Präsident des Reichskanzleramts, jetzt Staatssekretär des Innern (s. Erlaß v. 24. Dezbr. 1879 — RGBl. S. 321), der Staatssekretär im auswärtigen Amte, der preußische, der sächsische und der württembergische Kriegsminister, der Chef der Kaiserl. Admiralität, der Präsident des Reichseisenbahnamts. Hinzugetreten sind: der Präsident des Reichsbank-Direktoriums [Verordn. v. 19. Dezbr. 1875 (RGBl. S. 378)] und der General-Postmeister [Verordn. v. 22. Dezbr. 1875 (RGBl. S. 379)], jetzt Staatssekretär des Reichspostamts [Allerh. Erlaß v. 23. Febr. 1880 (RGBl. S. 25)]. In gleicher Stellung befinden sich: der Staatssekretär des Reichsjustizamts, der Präsident des Reichsgerichts (GVG. §§ 125 ff. — A. M. Sarwey I S. 507), der Chef des Reichsamts für die Verwaltung der Reichseisenbahnen (Allerh. Erl. v. 27. Mai 1878 — RGBl. 1879 S. 193), der Statthalter von Elsaß-Lothringen (Ges. v. 4. Juli 1879 § 1 — RGBl. S. 165; Verordn. v. 23. Juli 1879 — das. S. 282) und der Staatssekretär des Reichsschatzamts, nicht die Vorstände des Gesundheitsamts, des Reichsamts für das Heimathswesen und des Patentamts, welche sämmtlich ebenso, wie der Präsident des Reichsversicherungsamts und der Direktor der Normal-Aichungs-Kommission, von dem Reichsamt des Innern ressortiren. (Zustimmend Gaupp II S. 265, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 347 Nr. 2 a. E., A. Förster Anm. 3, jetzt auch Seuffert Anm. 2.)

3) „Vorstände der Ministerien" — In manchen Bundesstaaten giebt es nur einen wirklichen Minister oder Staatssekretär und für die übrigen Ressorts bloße Ministerialvorstände unter den verschiedensten Titeln (Präsident, Staatsrath, Geheimer Rath, Unter-Staatssekretär rc.). Diese, nicht aber (wie Voitus, Strafprozeßordnung S. 113 u. in Goltdammer, Arch. 29 S. 1 ff. meint) die Vorstände der Abtheilungen der einzelnen Ministerien (Unter-Staatssekretäre, Ministerial-Direktoren) sind hier gemeint. (Uebereinstimmend Löwe, StPO. S. 248 Anm. 7, Geyer, Strafprozeßrecht I S. 268 u. A.)

4) — „wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten" — gleichviel, ob zu amtlichen oder anderen Zwecken, z. B. der Erholung wegen.

5) — „sind zu vernehmen" — also unbedingt, auch ohne einen auf diesen Ort der Vernehmung gerichteten Antrag. Bei Verletzung der Vorschrift wird § 351 entsprechend anzuwenden sein. Ein Verzicht des Zeugen auf das ihm nach § 347 zustehende Recht ist jedoch zulässig (so auch Petersen § 347 Nr. 4).

6) Unter „Amtssitz" und „Aufenthaltsort" ist nicht die Wohnung, sondern der Ort (Stadt rc.) zu verstehen, wo der Beamte seinen dienstlichen Wohnsitz hat (vgl. Reichsbeamten-Gesetz §§ 21, 22, 40 rc.) bzw. sich aufhält. Das Gericht bzw. der beauftragte Richter (Richter-Kommissar) braucht sich also nicht etwa zu dem Zeugen zu begeben; sondern die Ladung erfolgt an die Gerichtsstelle oder in deren Ermangelung an eine von dem Gerichte bzw. dem beauftragten Richter bezeichnete andere Stelle.

7) Abs. 2: — „während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesraths" — gleichviel ob der Bundesrath versammelt ist.

— „während der Sitzungsperiode und während ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung" — Beide Voraussetzungen müssen zusammentreffen, wie in der RTK. konstatirt ist. Wegen der Bedeutung von „Sitz" und „Ort" s. Anm. 6.

8) Abs. 3: Wer die Genehmigung einzuholen hat, ist nicht (wie in § 341 Abs. 3) gesagt. Es wird dazu ebensowohl der Zeuge als der Beweisführer berechtigt sein. Dem Ge-

§ **348.** Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:
1. der Verlobte einer Partei;
2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

---

richte liegt, wie aus dem Gegensatze gegen die Vorschrift des § 341 Abs. 3 folgen dürfte, die Einholung der Genehmigung nicht ob. (Uebereinstimmend Petersen § 347 Nr. 4, Puchelt II S. 178, vgl. auch Anm. 9. A. M.: Kleiner II S. 301, Wilm. Levy Anm. 5, Gaupp II S. 265, A. Förster Anm. 6 u. A.) Indessen läßt sich die Berechtigung des Prozeßgerichts oder des beauftragten oder ersuchten Richters, die Genehmigung einzuholen, nicht bestreiten. (Vgl. Seuffert Anm. 4, Endemann II S. 218, Petersen a. a. O. u. A.)

Wegen des Begriffs „unmittelbarer Vorgesetzter" vgl. bezüglich der Reichsbeamten das Anm. 2 allegirte Verzeichniß unter IV sowie die das. alleg. Verordn. v. 19. Dezbr. 1875 § 2 IV. (So auch Gaupp II S. 266.)

9) Nach der Verfügung des preuß. Justizmin. v. 17. Mai 1883 (JMBl. S. 155) ist in allen Fällen, in welchen ein unmittelbarer Staatsbeamter zu seiner Vernehmung als Sachverständiger oder außerhalb seines Wohnorts als Zeuge auf Anordnung des Gerichts oder eines Richters geladen wird, eine Abschrift der Ladung durch den Gerichtsschreiber der vorgesetzten Behörde des Beamten zu übersenden, ohne daß dafür den Parteien Schreibgebühren oder andere baare Auslagen in Rechnung zu stellen sind.

§§ 348—355.

1) Die CPO. hat die gemeinrechtliche Unterscheidung von untüchtigen (inhabiles), verdächtigen (suspecti) und unverdächtigen oder „klassischen" Zeugen (omni exceptione majores) — vgl. Wetzell S. 206 ff. — nicht aufgenommen. Ebenso verwirft sie die auch in Genf, Italien und den neueren Entwürfen aufgegebene Unterscheidung des französischen Rechts zwischen untüchtigen und auf Antrag des Prozeßgegners verwerflichen Zeugen. Daß Personen, welche zur Mittheilung ihrer Wahrnehmungen unfähig sind oder zu der Zeit, zu welcher die zu bekundenden Thatsachen von ihnen wahrgenommen sein sollen, zur Wahrnehmung derselben unfähig waren, von Amtswegen zu verwerfen sind (N. E. § 498 Nr. 1, H. E. § 228), ist als selbstverständlich übergangen. Im Uebrigen geht die CPO. nach den Mot. davon aus, „daß alle dergleichen Beschränkungen bei richtiger Regelung der Zeugnißpflicht einerseits entbehrlich und andererseits mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar sind, auch dem Richter eine wichtige Quelle zur Erforschung der materiellen Wahrheit entziehen würden (Planck in Krit. Vierteljahrschr. IV S. 252)" und „kehrt damit im Wesentlichen auf den Standpunkt des römischen Rechts zur Zeit der klassischen Jurisprudenz zurück [L. 3 D. de testibus (22, 5)]." Indessen ist nach § 161 des StrGB. bei jeder Verurtheilung wegen Meineides (mit Ausnahme gewisser Fälle) auf die dauernde Unfähigkeit des Verurtheilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen. Vgl. überhaupt wegen der unbeeidigt zu vernehmenden Zeugen § 358. Bedingt zeugnißunfähig sind öffentliche Beamte nach § 341.

2) Als selbstverständlich ist auch eine Bestimmung über die allgemeine Zeugnißpflicht (Preuß. AGO. I 10 § 170, Württ. PO. Art. 464, Hann. PO. § 251) nicht aufgenommen (vgl. Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 479 ff., Laband, Staatsrecht d. D. Reichs III S. 154 ff., Abegg: Zeugnißpflicht u. Zeugnißzwang S. 12 ff.). Dagegen werden eingehende Bestimmungen über die Ausnahmen getroffen. Die materiellen Vorschriften enthalten die §§ 348—350; von dem Verfahren und den Strafen handeln die §§ 351—355.

4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;
5. Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniß nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniß nicht abgelegt werden kann.

N. Entw. § 512. Entw. I. § 321. Entw. II. § 330. Entw. III. § 336. Mot. S. 251, 252. Prot. S. 127, 128.

„Die Weigerungsgründe des § 348 beruhen auf einem persönlichen Verhältnisse zwischen dem Zeugen und einer Partei, welches im Falle der Nr. 1—3 allgemein und im Falle der Nr. 4, 5 in Beziehung auf den Gegenstand des Zeugnisses speziell besteht, während die Weigerungsgründe des § 349 durch die mögliche Rückwirkung der Aussagen des Zeugen auf seine und seiner Angehörigen Verhältnisse motivirt worden. Der § 350 schränkt aus besonderen Gründen die in den vorhergehenden Bestimmungen nachgelassenen Ausnahmen von der Zeugnißpflicht wieder ein". (Mot.)

§ 348.

Vgl. StrPO. §§ 51, 52.

1) Abs. 1: Die Nr. 1—3 enthalten die meisten Fälle der verwerflichen Zeugen der älteren Prozeßgesetze (vgl. z. B. Preuß. AGO. I 10 § 228).

Zu Nr. 1 vgl. § 41 Anm. 4. Als „Verlobte" sind hier, wie namentlich der Grund des Gesetzes ergiebt, nicht bloß diejenigen anzusehen, welche ein nach Civilrecht gültiges Verlöbniß eingegangen sind (ein solches besteht nach manchen Rechten gar nicht), sondern alle, welche sich gegenseitig ein ernstlich gemeintes, auf Verheirathung abzielendes Eheversprechen gegeben haben. (So auch Petersen §§ 348—350 II 1, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 3a, Rechtspr. d. RG. i. Str. S. VI S. 51, 57. A. M.: d. früh. Aufl., Sarwey I S. 510, Kleiner II S. 302, 303, Puchelt II S. 182, welche ein rechtlich gültiges Verlöbniß voraussetzen). Ein bloßes Liebesverhältniß, namentlich ein ehebrecherisches, genügt allerdings nicht (Rechtspr. d. RG. i. Str. S. II S. 182, VI S. 52, 53).

Die Nr. 2 u. 3 entsprechen dem § 41 Nr. 2, 3; vgl. das. Anm. 4, 5 (auf Nr. 1—3 bezieht sich Abs. 2). Das Recht der Weigerung besteht auch bei gleicher Verwandtschaft mit beiden Parteien. Vgl. §§ 349 Nr. 1, 2, 350 Abs. 1, 358 Nr. 3.

„Schwägerschaft" — Dieselbe hat hier als fortdauernd zu gelten, auch wenn die dasselbe begründende Ehe durch den Tod eines der Ehegatten gelöst und in Folge dessen nach den einschlagenden civilrechtlichen Vorschriften das Schwägerschaftsverhältniß aufgehoben ist (Rechtspr. d. RG. i. Str. S. III S. 278, VI S. 56).

Nr. 4 schützt das Beichtsiegel (A. M. Siebenhaar S. 386, 387, welcher statt des hier statuirten Weigerungsrechts auf die im kan. R. und den bürgerlichen Gesetzen, z. B. Preuß. ALR. II 11 §§ 80, 81, 82, enthaltene Verpflichtung des Geistlichen zum Verschweigen des ihm in der Beichte Anvertrauten verweist; vgl. übrigens Abs. 3, § 350 Anm. 3) und die geistliche Amtsverschwiegenheit hinsichtlich der „Seelsorge" überhaupt, entbindet aber nicht von der Zeugnißpflicht über eigene Mittheilungen des Geistlichen (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 58) oder über Mittheilungen, die dem Geistlichen mit Rücksicht auf ein nichtgeistliches Nebenamt gemacht sind (Petersen §§ 348—350 III 2). Als „Geistliche" gelten die Religionsdiener aller staatlich anerkannten oder zugelassenen religiösen Gemeinschaften, welche eine Seelsorge aus-

§ 349. Das Zeugniß kann verweigert werden:
1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im §. 348 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;
2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im §. 348

üben (vgl. StrGB. §§ 130a, 174 Nr. 1, 181 Nr. 2, 196, 338 ꝛc.) Ausnahmen s. in § 350 Abs. 2.

2) Nr. 5: Hierher gehören vor allen die Reichsbeamten [Ges. v. 31. März 1873 § 11 (RGBl. S. 61)] und anderen öffentlichen Beamten (s. § 341 Anm. 1), bezüglich deren zunächst in Frage kommt, ob die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde zu ihrer Vernehmung von Amtswegen einzuholen ist, und ob dieselbe ertheilt wird (§ 341), ohne daß das Weigerungsrecht hiervon unbedingt abhängt. Auf Privat-Beamte, z. B. von Aktiengesellschaften, ist der Begriff „Amt" ebenfalls anwendbar. Ferner fallen unter Nr. 5 insbesondere „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker sowie die Gehülfen dieser Personen" (StrGB. § 300), Handels-Mäkler (HGB. Art. 69 Nr. 5) ꝛc. Wegen der Schiedsmänner in Preußen s. § 341 Anm. 1 a. E.

Daß das Zeugniß von Beamten auch dann verweigert werden muß, wenn das Dienstverhältniß inzwischen aufgelöst ist (vgl. § 341 und Reichsbeamtengesetz § 12 Abs. 2), ist, wie die Mot. bemerken, nicht besonders hervorgehoben, da die Fassung der Nr. 5 so allgemein lautet, daß sie auch die Zeit nach Beendigung des Dienstes umfaßt. Vgl. auch Abs. 3.

— „die Natur derselben" — Dahin gehört nicht der Inhaber eines Auskunftsbüreaus in Betreff der ihm über die Kreditwürdigkeit von Geschäftsleuten anvertrauten Thatsachen oder in Betreff der Quelle, aus welcher er seine Kunde geschöpft hat (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 162).

— „gesetzliche Vorschrift" — ist jede Rechtsnorm des Reichs- oder Landesrechts (EG. z. CPO. § 12). Eine blos vertragsmäßig übernommene oder gar nur stillschweigend vorausgesetzte Verpflichtung zur Verschwiegenheit, z. B. bei einem Privatdiener, Freunde usw. (s. Seuffert Anm. 6), genügt nicht (Sarwey I S. 511, Kohler a. a. O. S. 483 ff.).

Vgl. im Uebrigen §§ 341, 350 Abs. 2, 351 Abs. 2.

3) Abs. 2: vgl. StrGB. § 157 Nr. 2. Die Belehrung ist zu Protokoll festzustellen. Eine Belehrung vor jeder Vernehmung (§ 363, StrPO. § 51 Abs. 2 ist nicht erforderlich). (So auch Sarwey I S. 511, Seuffert Anm. 7. A. M. Kleiner II S. 304.) Die Vorschrift ist nur instruktionell (Endemann II S. 299, Gaupp II S. 269. A. M. A. Förster Anm. 4; vgl. auch RG. i. Str. S. II S. 192, IX S. 384). Der Verzicht auf die Weigerung kann aber jederzeit widerrufen werden; desgleichen die Weigerung selbst (vgl. § 351 Anm. 4).

4) Der Abs. 3 macht Verbote, wie sie z. B. Bayer. PO. Art. 400, Württ. PO. Art. 467, Hann. PO. § 252 enthalten, entbehrlich. Einem Streichungs-Antrage gegenüber erläuterte den Abs. 3 in der RTK. der Vertreter der Reichsregierung dahin: Abs. 1 Nr. 5 begreife sehr verschiedene Personen, welche oft nicht die Tragweite ihrer Verpflichtungen gegen den Staat übersehen würden; wenn nun der Richter aus ihren Erklärungen entnehme, daß sie im Begriff seien, ihre Pflicht zur Verschwiegenheit zu verletzen, so solle er eingreifen und sich nicht zum Mitschuldigen an dem Bruch des Amtsgeheimnisses machen.

§ 349.

1) Der § 349 zählt im Gegensatz zu § 348 die objektiven Gründe auf, aus denen das Zeugniß verweigert werden kann. Der Zweck ist die Verhütung von Meineiden in Fällen, wo die Gefahr eines solchen besonders nahe liegt, sowie die Sicherung des Familienfriedens. Eine vorherige Belehrung ist für diese Fälle nicht vorgeschrieben.

Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;

3. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimniß zu offenbaren.

N. Entw. § 513. Entw. I. § 322. Entw. II. § 331. Entw. III. § 337. Mot. S. 252, 253. Prot S. 128.

§ 350. In den Fällen des §. 348 Nr. 1—3 und des §. 349 Nr. 1. darf der Zeuge das Zeugniß nicht verweigern:

1. über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;
2. über Geburten, Verheirathungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;
3. über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältniß bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;

---

2) Nr. 1: Nicht jede entfernte Möglichkeit einer Benachtheiligung reicht hin, sondern es muß ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schade zu erwarten sein. Wegen dieses Begriffs s. z. B. Preuß. ALR. I 6 §§ 2, 3. Vgl. auch § 358 Anm. 5. Wegen der Ausnahmen von Nr. 1 s. § 350 Abs. 1.

3) Nr. 2: Vgl. StrPO. § 54. — „zur Unehre gereichen" — Der Entw. hatte den stärkeren Ausdruck „Schande", welcher von der RTK. durch „Unehre" ersetzt ist. Auch die gemeinrechtliche Praxis erachtete Diejenigen für exkusirt, welche de propria turpitudine schwören müßten (Wetzell S. 215, 216). Die Bestimmung entspricht der Preuß. AGO. I 10 § 180 Nr. 3, Hann. PO. § 253 Nr. 3, Bayer. PO. Art. 401 Nr. 3 ꝛc.

— „die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen" — eine Konsequenz des im Strafprozesse geltenden Grundsatzes, daß der Angeschuldigte nicht zur Aussage gezwungen wird, und auch ein Zwang, gegen nahe Angehörige auszusagen, nicht stattfindet. Beispiel: Busch, Zeitschr. III S. 158 ff. Nach Lage der Sache kann sich dies über den Umfang einzelner Fragen hinaus auf das ganze Zeugniß erstrecken. Ueber eine solche Sachlage sowie über das Vorhandensein der Gefahr entscheidet das Ermessen des Richters (Rechtspr. d. RG. in Str.S. II S. 305). Die strafgerichtliche Verfolgung umfaßt nicht die Verfolgung im Disziplinarwege (vgl. Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 §§ 77, 78). Bezüglich dieser fragt es sich also, ob die Beantwortung der Frage dem Zeugen zur Unehre gereichen würde (vgl. StrGB. § 157 Nr. 1).

4) Nr. 3: Es kommt nicht darauf an, ob es sich um ein eigenes Geheimniß oder um ein solches des Arbeitgebers handelt (vgl. Nordd. Prot. S. 729). Oft wird schon Nr. 1 ausreichen, um das Zeugniß abzulehnen.

§ 350.

1) Abs. 1: Unter Nr. 1 fällt der Sollennitätszeuge, aber auch jeder andere Beweiszeuge (vgl. für Preuß. Recht Förster (Eccius) I S. 225), nicht der instrumentirende Beamte, für welchen die §§ 341, 348 Nr. 5 gelten. (A. M. anscheinend Endemann II S. 222. Vgl. Kohler a. a. O. S. 485.) Schriftliche Errichtung und Mitunterschrift des Zeugen sind nicht erforderlich (Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 513. A. M. Siebenhaar S. 389).

Nr. 3: „durch das Familienverhältniß bedingten Vermögensangelegenheiten" — d. h. die auf das Familien- und Erbrecht bezüglichen Familienangelegenheiten, z. B. erbrechtliche Ansprüche, Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht, Alimentationsansprüche ꝛc., nicht reine Statussachen oder gar Forderungen, welche zufällig von Familienangehörigen oder gegen solche erhoben werden (s. § 21 Anm. 2, Sarwey a. a. O., Wilm. Levy § 351 Anm. 2 u. jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.).

2) Die Bestimmung unter Nr. 4 ist ein Bedürfniß, weil die Eideszuschiebung bzw. -Zurückschiebung an Dritte nicht stattfindet (§ 414). An sich sind die hier bezeichneten Personen, sofern

4. über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniß sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.

Die im §. 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugniß nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

N. Entw. §§ 514. Entw. I. § 323. Entw. II. § 332. Entw. III. § 338. Mot. S. 253. Prot. S. 128, 548–550.

§ 351. Der Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem Termine die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.

---

sie beim Ausgange des Rechtsstreits nicht unmittelbar betheiligt sind (§ 358 Nr. 4), nicht unfähig, eidlich als Zeugen vernommen zu werden. Es gelten nur die gewöhnlichen Ausnahmen der §§ 348, 349, von welchen hier wiederum eine Ausnahme gemacht wird. Ihre Zeugnißpflicht ist also noch ausgedehnter als die anderer Personen.

„Rechtsvorgänger" ist auch der mittelbare; „Vertreter" ist der Bevollmächtigte, Geschäftsführer, Bote und der gewesene (vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 1) gesetzliche Vertreter. Ueber die Bedeutung jener Ausdrücke vgl. auch §§ 172 Anm. 1, 210 Anm. 2, 410 Anm. 2. Auch die Ehefrau gehört hierher als Rechtsvorgängerin ihres Ehemanns rücksichtlich des Dotalguts (RG. XIII S. 417). „Vertreter" sind auch (vertretungsberechtigte) Gesellschafter und Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft (s. §§ 59 Anm. 2, 358 Anm. 5). — Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift bezieht sich dieselbe auch auf solche Handlungen, welche der „Rechtsvorgänger" schon vor der Sukzession vorgenommen hat (OLG. Celle in Seuffert, Arch. 36 Nr. 307, Schmidt in Busch, Zeitschr. IV S. 386 ff.).

Welche Partei den Zeugen benannt hat, ist unerheblich. Ein dahin vorgeschlagener Zusatz: „Hat eine Partei ihren Rechtsvorgänger oder Vertreter als Zeugen benannt, so kann die Gegenpartei über dieselbe streitige Thatsache als Zeuge vernommen werden" fand nicht den Beifall der RTK.

3) Abs. 2: Ein Antrag, die Zahl 4 zu streichen, da nach den Anschauungen der katholischen Kirche ein Geistlicher von der Bewahrung des Beichtgeheimnisses von Niemandem wirksam entbunden werden könne, wurde in der RTK. zurückgezogen, nachdem seitens des Vertreters der Reichsregierung bemerkt worden war, daß eine Entbindung nur dann, wenn sie nach dem für den einzelnen Fall zur Anwendung kommenden objektiven Rechte wirksam ertheilt sei, berücksichtigt werden könne, und daß hiernach auch die Zulässigkeit einer Entbindung von der Wahrung des Beichtgeheimnisses zu beurtheilen sein werde; „entbunden" heißt also wirksam entbunden. Der Richter hat diese Rechtsfrage zu prüfen. (A. M. Endemann II S. 223, nach welchem es nur auf die Thatsache der Entbindung ankommt.) Auch nach protestantischem Kirchenrecht ist, abgesehen von gewissen Fällen, eine solche Entbindung in der Regel nicht zulässig (vgl. § 348 Anm. 1; Preuß. ALR. II 11 §§ 80—82; Siebenhaar S. 390, Sarwey I S. 514, Gaupp II S. 272, 273, Seuffert Anm. 5).

Für öffentliche Beamte erfolgt die Entbindung durch Erklärung der vorgesetzten Dienstbehörde (§ 341), für Handelsmäkler durch Bewilligung der Parteien (HGB. 69) usw.

§ 351.

1) Abs. 1: — „vor dem — Termine" — „schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers" — eine erhebliche Erleichterung für den Zeugen, welcher also nicht zu erscheinen braucht (Abs. 3). Der Gerichtsschreiber ist der des Prozeßgerichts bzw. des beauftragten oder ersuchten Richters.

— „oder in diesem Termine" — hier mündlich.

Unwahre Behauptungen sind strafbar (StrGB. § 138).

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des §. 348 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.

N. Entw. § 511. Entw. I. § 320. Entw. II. § 333. Entw. III. § 339. Mot. S. 253. Prot. S. 128, 129.

§ 352. Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. § 515. Entw. I. § 324. Entw. II. § 334. Entw. III. § 340. Mot. S. 253. Prot. S. 129.

---

2) Abs. 2 bildet eine Modifikation des § 266 (vgl. das. Anm. 2), welcher im Uebrigen auch hier Anwendung findet. Vgl. § 357 Anm. 5.

Die bloße Versicherung des Zeugen an Eidesstatt ist nicht genügend (ein bezüglicher Antrag in der RTK. wurde zurückgezogen). Vgl. StrPO. § 55, StrGB. § 155 Nr. 3.

— „genügt" — Der Zeuge darf also auch andere Mittel vorziehen.

3) Abs. 4: Hierdurch wird der Fortgang des Verfahrens gefördert. Eine Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben.

„Erkennt der Beweisführer den Weigerungsgrund des Zeugen an, so ist durch den Verzicht der Partei auf das Zeugniß der Zwischenfall erledigt. Andernfalls entsteht über die Rechtmäßigkeit der Weigerung zwischen der Partei und dem Zeugen ein Zwischenstreit" (Mot.).

Ueber letzteren vgl. §§ 352—354 und 275 Anm. 1.

4) Die Weigerung kann jederzeit zurückgenommen werden (vgl. StrPO. § 51 Abs. 2 Satz 2. A. M. Abegg a. a. O. S. 19; s. aber Tränkner in Busch, Zeitschr. X S. 145). Andererseits kann der zur Zeugnißverweigerung berechtigte Zeuge auch noch nach seiner Vernehmung den assertorischen Zeugeneid verweigern (vgl. § 358, Tränkner a. a. O. S. 146).

§ 352.

1) § 352 hat, wie § 353, den regelmäßigen Fall im Auge, daß die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgen sollte (§ 320), ein besonderer Termin zur Verhandlung des Zwischenstreits also nicht erst anzuberaumen ist. (Anders im Falle des § 354). Der Termin ist zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt (§ 335). § 352 Abs. 2 setzt voraus, daß der Zeuge erscheint, § 353, daß er nicht erscheint. Bezüglich des Zeugen besteht nicht nur kein Anwaltszwang (Abs. 2); sondern jener ist überhaupt nicht genöthigt, mündlich zu verhandeln, da seine schriftlichen oder protokollarischen Anführungen von Amtswegen vorgetragen werden (§ 353). Ein Versäumnißverfahren findet also gegen ihn nicht statt. Vgl. § 312 Anm. 1. Auch den Parteien wird nur Gelegenheit gegeben, sich zu äußern („nach Anhörung"). Die Entscheidung durch Zwischenurtheil (Abs. 3) erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob von irgend einer Seite eine Erklärung abgegeben wird. (Vgl. Endemann II S. 225 ff., Gaupp II S. 275 u. A.)

2) Abs. 3: vgl. §§ 540 u. 68 Anm. 1. Die Beschwerde steht dem Zeugen wie den Parteien zu. (Hellmann II S. 242 will nur dem Zeugen und dem Beweisführer die Beschwerde gestatten; vgl. dagegen Seuffert Anm. 1, Endemann II S. 226, Gaupp II S. 276, Petersen §§ 351—354 Nr. 6 u. A.) Erst nach Rechtskraft des Zwischenurtheils (s. § 645) wird das Verfahren fortgesetzt. Die Parteien, welchen allein die Rechtskraft bekannt ist, haben einander in regelmäßiger Weise nach Maßgabe des § 191 zu laden. Dies gilt auch dann, wenn die Weigerung für unbegründet erklärt ist; zu dem von dem Vorsitzenden anzuberaumenden Termine ist alsdann der Zeuge von Amtswegen zu laden. (So auch Gaupp II S. 276, 277.

§ 353. Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.

N. Entw. § 515. Entw. I. § 324. Entw. II. § 325. Entw. III. § 341. Mot. S. 253. Prot. S. 129.

§ 354. Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte werden der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen.

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.

N. Entw. § 515. Entw. I. § 324. Entw. II. § 336. Entw. III. § 342. Mot. S. 253. Prot. S. 129.

A. M.: Wilm. Levy Anm. 3, Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 3, nach welchen auch die Parteien von Amtswegen zu laden sind.) Weigert der Zeuge auch in diesem Termin das Zeugniß, so wird gegen ihn nach § 355 verfahren.

3) Das nicht muthwillig veranlaßte Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 7 u. Abs. 2). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1 u. 29 Nr. 6.

§ 353.

Vgl. §§ 351 Abs. 3, 352 Anm. 1 u. 2, 354 Abs. 3. § 352 Abs. 1 u. 3 gelten auch hier. Erscheint der Zeuge, so liegt ihm der mündliche Vortrag des Weigerungsgrundes ob; indessen wird doch, wenn er den Vortrag ablehnt, nichts übrig bleiben, als § 353 ebenfalls anzuwenden (Sarwey I S. 517).

§ 354.

1) Vgl. § 352 Anm. 1, 2. Die dem N. E. § 515 entlehnten Bestimmungen sollen praktischen Unzuträglichkeiten vorbeugen, welche namentlich dann entstehen würden, wenn der an seinem vielleicht sehr entfernten Wohnorte zu vernehmende Zeuge demnächst behufs Erledigung des Streits über die Zeugnißweigerung vor dem Prozeßgerichte erscheinen müßte (Nordd. Prot. S. 732, 733). Das Verfahren hat den Charakter des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung (ähnlich wie in § 319). Die schriftliche Seite ist jedoch überwiegend (Abs. 3).

2) Abs. 1: Die Form der Weigerung ist die des § 351; insbesondere gilt auch hier der Abs. 3 das. In jedem Falle fungirt der beauftragte oder ersuchte Richter nur als Instruent, indem er die Erklärungen des (erschienenen) Zeugen und der Parteien in das (d. h. sein) Protokoll aufnimmt.

3) Abs. 2: — „vor dem Prozeßgerichte" — Nur diesem gebührt die Entscheidung, nach § 352 Abs. 1; daher der besondere Termin. Vgl. § 191 Anm. 2. Die Entscheidung im Endurtheil, wonach die Zeugnißverweigerung gerechtfertigt ist, ohne daß die Ladung des Zeugen zur mündlichen Verhandlung und der Erlaß eines Zwischenurtheils (§ 352 Abs. 3) stattgefunden hat, ist nicht genügend und begründet die Revision, da die beweisführende Partei dadurch benachtheiligt wird (RG. XIII S. 414). — Gegen das Zwischenurtheil ist nur sofortige Beschwerde zulässig (vgl. § 352 Anm. 2). — Ein Versäumnißverfahren gegen den Zeugen findet nicht statt. Vgl. § 352.

4) Abs. 3: In der mündlichen (Schluß-) Verhandlung gilt strenge Eventualmaxime („neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden"), und der mündliche Vortrag ist überhaupt fakultativ („können").

§ 355. Wird das Zeugniß oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder, nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert, so ist der Zeuge, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

N. Entw. § 517, 518. Entw. I. § 325. Entw. II. § 337. Entw. III. § 343. Mot. S. 253, 254. Prot. S. 129, 131, 132. 164. Sitzg. S. 1, 9.

---

5) Sobald das Zwischenurtheil rechtskräftig geworden, geht, wenn die Weigerung verworfen ist, die Sache an den beauftragten oder ersuchten Richter zurück, welcher den Zeugen von neuem ladet (s. § 352 Anm. 2).

§ 355.

Vgl. StrPO. § 69.

1) Abs. 1: Während § 345 von den Folgen des Nichterscheinens handelt, setzt § 355 eine unbegründete Weigerung des (freiwillig oder vorgeführt) erschienenen Zeugen voraus.

— „das Zeugniß" — überhaupt oder bezüglich einzelner Fragen.

— „die Eidesleistung" — Die Weigerung der Ableistung des Zeugeneides (§§ 356, 358) steht der Zeugnißweigerung gleich.

Ob der Zeuge bereits nach § 345 wegen Nichterscheinens bestraft und nach Abs. 2 daselbst zwangsweise vorgeführt ist, ist für die Anwendung der vorliegenden Strafbestimmung auch nach der von den Reg.-Vertretern in der RTK. gegebenen Erläuterung unerheblich.

— „ohne Angabe eines Grundes" — vgl. § 351 Abs. 1. In diesem Falle tritt die Bestrafung nach Abs. 1 sofort (ohne Zwischenurtheil — §§ 352, 354) ein.

— „nachdem — erklärt ist" — vgl. §§ 352—354. Die Anwendung des Abs. 1 ist in diesem Falle von einer nochmaligen Ladung der Zeugen und abermaligen Weigerung abhängig. Vgl. § 352 Anm. 2.

2) Abs. 2: „Im Falle wiederholter Weigerung" — Auch hier ist es nicht erheblich, ob der Zeuge wegen Nichterscheinens bestraft und vorgeführt ist. Ein Antrag, den Eingang dahin zu fassen:

> „Wenn der Zeuge seine Weigerung nach zwangsweiser Vorführung (§ 345) oder nach Vollstreckung der vorgedachten Strafe fortsetzt, so ist ꝛc.",

ist von der RTK. abgelehnt. Voraussetzung der Zwangshaft ist eine „wiederholte Weigerung", d. h. der nach Anwendung der Strafbestimmung des Abs. 1 abermals geladene und (freiwillig oder vorgeführt) erschienene Zeuge muß sich nochmals ohne Angabe eines Grundes oder unter Berufung auf den rechtskräftig verworfenen Grund [neue Gründe sind nicht zulässig, sie müßten denn neu entstanden oder bekannt geworden sein (Kleiner II S. 320, v. Bülow Anm. 1, Petersen § 355 Nr. 2 u. A.; Gaupp II S. 280 kennt auch diese Ausnahme nicht; Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 1c dagegen lassen jeden neuen Grund zu)] auszusagen oder zu schwören geweigert haben.

3) — „auf Antrag" — Diese Abweichung von dem leitenden Grundsatze (Abs. 1) beruht auf der Schwere der Zwangsmaßregel; auch ist der Antrag der Partei wegen ihrer Ver-

§ 356. Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen; die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zulässigkeit obwalten, bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden.

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.

N. Entw. § 521. Entw. I. § 326. Entw. II. § 338. Entw. III. § 344. Mot. S. 254, 255. Prot. S. 132–136, 683–685.

---

bindlichkeit zur Vorauszahlung der Haftkosten (§ 792) erforderlich. Eine Ausnahme gilt in Entmündigungssachen (§§ 597 Abs. 4, 621 Abs. 3). Zum Antrage ist auch der Gegner berechtigt (vgl. § 364).

Die „Haft" hat hier den Charakter der executio ad faciendum (vgl. § 774, 782; daher die Anwendung der §§ 785 ff.). Nach § 794 dauert die Haft längstens 6 Monate; indessen wird sie selbstverständlich schon früher beendet, wenn der Zeuge das Zeugniß nachträglich ablegt, oder wenn auf dasselbe verzichtet wird (N. E. § 518), außerdem aber auch mit dem Ende der betreffenden Instanz, weil damit der Grund aufhört. Letzteres ist durch die Worte „jedoch — hinaus" außer Zweifel gestellt. Ein Theilurtheil oder auch ein Zwischenurtheil, durch welches der spezielle Streitstoff, über welchen der Zeuge vernommen werden soll, seine Erledigung gefunden hat, steht hierin einem die ganze Instanz beendigenden Endurtheile gleich (v. Bülow a. a. O.). Kommt es in der späteren Instanz wiederum auf das Zeugniß an, so kann der Zeuge bei abermaliger Weigerung von neuem verhaftet werden (Nordd. Prot. S. 815); indessen darf die Zwangshaft in allen Instanzen zusammengenommen nicht über sechs Monate dauern, falls nicht etwa das Zeugniß über einen anderen Punkt in Anspruch genommen und verweigert ist — wie ein Reg.-Vertreter in der RTK. auf Anfrage erläuternd bemerkte.

Die Strafe des Abs. 1 darf nicht noch einmal erkannt werden; wohl aber sind dem Weigernden die durch die wiederholte Weigerung verursachten Kosten aufzuerlegen (vgl. § 345 Anm. 2).

4) Abs. 3 entspricht dem § 345 Abs. 3. Auch hier hat die Beschwerde nach § 535 aufschiebende Wirkung.

5) Abs. 4: vgl. § 345 Anm. 4. — „die Strafe" — nicht die Exekutivhaft des Abs. 2, welche vom Civilgericht festgesetzt wird (wie die RTK. ausdrücklich konstatirt hat). Wegen Vollstreckung der letzteren vgl. § 793.

6) Die Frage, ob und in welchem Umfange der Zeuge dem Beweisführer zum Schadensersatze verbunden ist, überläßt die CPO. dem Civilrechte (vgl. Striethorst, Arch. 73 S. 148, Siebenhaar S. 393 Anm.*). Die landesrechtliche Fiktion oder Vermuthung, daß der Zeuge das Beweisthema wirklich bekundet haben würde (Preuß. AGO. I 10 § 186, Hann. PO. § 262, Württ. PO. Art. 480 2c.), widerstrebt dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (§ 259) und ist als beseitigt zu betrachten.

7) Wegen des beauftragten und ersuchten Richters vgl. § 365.

8) Das Verfahren des § 355 ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 8). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6. Hinsichtlich der Verhaftung s. GO. f. GV. § 9.

§ 356.

Vgl. StrPO. §§ 58, 60.

1) Die Entwürfe hatten sich ganz allgemein für die im röm. und kan. Rechte, der älteren deutschen Reichsgesetzgebung (Kammergerichts-Ordn. v. 1577 Tit. 77), dem Code de proc. art. 262 sowie dem englisch-amerikanischen Rechte vorgeschriebene, in den meisten neueren deutschen Gesetzgebungen und Entwürfen beibehaltene promissorische Form des Zeugeneides (Beeidigung vor der Vernehmung, Voreid) entschieden. In der RTK. wurde jedoch von mehreren Seiten die im Gebiete des preußischen Rechts (AGO. I 10 § 202 u. Verordnungen von

§ 357. Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:
daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde;
der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

1844, 1849, 1867), im Königreich Sachsen (Ges. v. 30. Dezbr. 1861 § 18) und in Braunschweig (PO. § 79) übliche assertorische Form (Beeidigung nach der Vernehmung, Nacheid) vertheidigt und schließlich ein in § 356 zum Ausdruck gekommenes Amendement (des Abg. v. Schwarze) angenommen, welches „diesen Bedenken gerecht zu werden, andrerseits aber dem Entwurf thunlichst entgegenzukommen" suchte. Bei der Revision der zweiten Lesung versuchten mehrere Abg. nochmals, die assertorische Form ausschließlich oder doch in der Weise, daß die Beeidigung nach Ermessen des Gerichts vor oder nach der Vernehmung erfolge, zur Geltung zu bringen. Nach längerer Debatte wurde jedoch die unveränderte Beibehaltung des § 356 beschlossen. Die Beeidigung vor der Vernehmung ist demnach die Regel. Daß sie bei jedem Zeugen besonders („einzeln") erfolgt, beruht auf einem Antrage des Abg. Marquardsen in der RTK., welcher die bei gleichzeitiger Vereidigung Mehrerer eintretende Abschwächung des feierlichen Eindrucks des Eides verhüten soll. Auch bei nachträglicher Beeidigung ist die kollektive Form nicht zulässig, obgleich nicht ausdrücklich ausgeschlossen (Seuffert Anm. 1, Hellmann II S. 246, 247, Petersen §§ 356, 357 Nr. 2 u. A.)

2) — „aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zulässigkeit obwalten" — Dergleichen Momente (vgl. § 358) werden sich häufig erst aus der General-Vernehmung (§ 360) ergeben. Der Richter ist daher (wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. hervorhob) selbstverständlich genöthigt, sich vor der Vereidigung zunächst die persönlichen und die allgemeinen Zeugenfragen beantworten zu lassen, nach der Vereidigung aber dieselben zu wiederholen (vgl. § 357 Anm. 1 a. E., § 360 Anm. 4, Württ. PO. Art. 482 usw., v. Schwarze, Komm. z. StrPO. S. 193 Nr. 3). Nur die assertorische Form ist anwendbar in den Fällen des § 358 Nr. 3 u. 4 (s. Abs. 2 das.).

3) Wegen der Strafbarkeit des Meineides vgl. StrGB. §§ 154 ff.

4) Abs. 2: Ueber die Beeidigung als Regel vgl. § 358 Anm. 1. Die Verzichtbarkeit entspricht dem Dispositionsrecht der Parteien; Ausnahmen daher in Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 577 Abs. 1, 611 Abs. 1, 620, 624, 626) und konsequenterweise auch wegen aller von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 394 ff.), obwohl solches in der CPO. nicht ausdrücklich hervorgehoben worden ist). Ein Antrag, dem Gerichte die Befugniß beizulegen, den Zeugen des Verzichts ungeachtet dennoch zu beeidigen, ist von der RTK. abgelehnt. Wo beide Parteien trauen, darf der Richter nicht mißtrauen. Andrerseits darf ohne Verzicht die Vereidigung nicht unterbleiben. Vgl. § 358 Anm. 1. (So auch Haase in Busch, Zeitschr. V S. 372 ff. A. M. Voitus, Kontrov. I S. 295.) Die freie Beweiswürdigung (§ 259) bleibt in beiden Fällen unberührt. (So auch Birkmeyer a. a. O. S. 396, 397, Seuffert Anm. 2.) — Der Verzicht ist im Protokolle festzustellen. Bloß schriftlicher Verzicht genügt nicht (A. M. Kleiner II S. 323). — Eine Spezialvollmacht ist auch hier nicht erforderlich (wie der Reg.-Vertreter auf Anfrage in der RTK. anerkannte); vgl. § 77 Anm. 2.

§ 357.

Vgl. StrPO. § 61.

1) Die Norm des promissorischen Eides entspricht dem R. E. Der Antrag, statt „nichts verschweigen" zu setzen: „nichts zur Sache Gehöriges verschweigen", wurde von der RTK. abgelehnt.

— „vor der Vernehmung" — d. h. vor den Generalfragen (§ 360). (So auch **RG.** i. StrS. III S. 79.) Vgl. jedoch § 356 Anm. 2. Die Vereidigung erfolgt, wie die Vernehmung, im Beisein der Parteien (vgl. §§ 322, 362).

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.

N. Entw. § 521. Entw. I. § 326. Entw. II. § 338. Entw. III. § 344. Mot. S. 254–256. Prot. S. 135, 550, 551, 683–685.

§ 358. Unbeeidigt sind zu vernehmen:

1. Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;
2. Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;

---

2) Die Norm des assertorischen Eides wurde in Folge des Beschlusses zu § 356 hinzugefügt.

3) Im Falle theilweiser Zeugnißverweigerung (vgl. § 350) kann selbstverständlich ein entsprechender Vorbehalt in die Eidesnorm aufgenommen werden (wie § 1 der Preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 ausdrücklich vorschreibt). Indessen ist derselbe keinesfalls erforderlich. (Vgl. auch Gaupp II S. 286 u. A.)

4) Das Verfahren bei der Abnahme von Zeugeneiden bestimmt sich nach den §§ 440—446. Ein Antrag, als besonderen Paragraphen hinzuzufügen:

„Die Eidesleistung erfolgt, indem der Richter die Eidesworte vorspricht. Der Zeuge hebt hierauf die rechte Hand empor und fügt die Worte bei:

„Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe!"

wurde von der RTK. abgelehnt.

Vgl. StrPO. § 63.

5) Auch die Landesherren (vgl. § 440 Anm. 2) sind von der persönlichen Ableistung des gewöhnlichen Zeugeneides nicht befreit. Ebenso haben Beamte den gewöhnlichen Zeugeneid zu leisten. Die (nach gem. R. — Wetzell S. 210 — und in der Preuß. AGO. I 10 § 203 Nr. 2 gestattete) Berufung auf den Diensteid genügt nicht (anders § 351 Abs. 2). Indessen können sich die Parteien selbstverständlich damit begnügen (s. § 356 Abs. 2, Endemann II S. 252). — Wegen der Mennoniten rc. vgl. § 446.

6) Wird ein Zeuge nochmals vernommen, sei es in derselben oder in einer folgenden Instanz, so hat derselbe nicht abermals den Zeugeneid zu leisten, sondern es genügt nach § 363 Abs. 3 die Berufung auf den früher geleisteten Eid. (So auch StrPO. § 66 Abs. 2.) [Zustimmend Gaupp II S. 286, 294, Haase in Busch, Zeitschr. V S. 377 ff. u. A. A. M. rücksichtlich der Berufungs-Instanz Bünger das. IV S. 369 Anm. 4; § 485, auf welchen Letzterer sich beruft, steht aber nicht entgegen, weil die Spezialvorschrift des § 363 Abs. 3 vorgeht.] Vgl. StrGB. § 155 Nr. 2.

§ 358.

Vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 1, StrPO. § 56.

1) Die Mot. bemerken:

„Als angemessene Beschränkung des Prinzips der freien Beweiswürdigung setzt der Entwurf als Regel voraus, daß die Zeugen eidlich vernommen werden. Die Erwägung, daß das Verfahren im Civilprozesse vorwiegend durch die Rechte der Privatparteien bestimmt und ihnen eine formelle Garantie für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen geschuldet wird, verbietet es, die Beeidigung der Zeugen ausschließlich dem Ermessen des Gerichts zu überlassen."

Eine Gesetzesverletzung liegt daher vor, wenn der Richter seine Ueberzeugung auf die nicht eidliche Aussage einer der nicht unter § 358 fallenden Personen gründet (RG. VIII S. 406, X S. 415, in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1149, 1150, XXIX S. 1098 u. in D. J. Ztg. 1885 S. 430, Hellmann, Lehrb. S. 510). Weiter heißt es in den Mot.:

3. die nach §. 348 Nr. 1—3 und §. 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, die im §. 349 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgeschlagen sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;
4. Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind.

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen anordnen.

N. Entw. §§ 522, 523. Entw. I. § 327. Entw. II. § 329. Entw. III. § 345. Mot. S. 255—257. Prot. S. 135, 136, 551, 552.

„Die unbeeidigte Vernehmung von Zeugen gestattet der Entw. in den Fällen des § 358 und überweist im Interesse der Ermittelung materieller Wahrheit die Würdigung des Werths unbeeidigter Zeugenaussagen gleich dem gesammten Beweismaterial der freien Würdigung des Richters."

Vgl. Nordd. Prot. S. 740, 741. Die unbeeidigte Vernehmung („informationis causa") ist obligatorisch („sind zu vernehmen"). Streiten die Parteien über das Vorhandensein der Voraussetzungen, so entscheidet das Prozeßgericht (§ 331); die Entscheidung erfolgt regelmäßig durch Zwischenurtheil (vgl. §§ 275 Anm. 1b, 331 Anm. 2). Nur in den Fällen unter Nr. 3 und 4 kann nach Abs. 2 durch das Prozeßgericht (nicht durch den beauftragten oder ersuchten Richter) „nachträglich" die Beeidigung angeordnet werden, wenn dieselbe nach richterlicher Würdigung auf das Ergebniß der Beweisaufnahme von Einfluß ist. Diese Würdigung unterliegt der Revision nicht (vgl. die oben ang. Urth. d. RG., ferner RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1102).

2) Ein Antrag, (nach dem Vorbilde des N. E. § 524 und Entw. I § 328) als besonderen Paragraphen einzuschalten:

„Das Gericht ist befugt, den Antrag auf Vernehmung einer nach § 358 nur unbeeidigt zu vernehmenden Person zurückzuweisen, weil es nach den Umständen der Falles annimmt, daß der Aussage dieser Person ein Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung nicht beizulegen sein würde,"

wollte der Ueberhäufung des Gerichts mit Anträgen auf Vernehmung von Eltern, Geschwistern &c. vorbeugen, wurde jedoch von der RTK. abgelehnt (vgl. § 437 Anm. 4). Das Gericht darf also die Vernehmung solcher Zeugen nur unter denselben Voraussetzungen ablehnen, wie bei Zeugen überhaupt (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1100).

3) Nr. 1: Abweichend vom gemeinen, preußischen und französischen Rechte, aber in Uebereinstimmung mit den PO. von Hann. § 252 Nr. 3, Bayern Art. 418, Württ. Art. 485 &c. beginnt die Eidesmündigkeit mit dem vollendeten 16. Jahre (vgl. auch StrPO. § 56), obgleich die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit erst mit dem vollendeten 18. Jahre eintritt (StrGB. §§ 56, 57). Dem Eidesunmündigen stehen solche Personen gleich, denen wegen Unreife oder Schwäche des Verstandes das Bewußtsein von der Bedeutung des Eides abgeht, was also vom Richter im einzelnen Falle zu prüfen ist.

4) Nr. 2: — „der Strafgesetze" — z. B. StrGB. § 161 Abs. 1, aber auch älterer oder ausländischer Gesetze (vgl. Wetzell S. 212, Seuffert Anm. 3, Petersen § 358 II 2; Sarwey I S. 524, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 3. A. M. Endemann II S. 234, welcher Nr. 2 nur auf StrGB. § 161 Abs. 1 bezieht; ebenso Hellmann II S. 249, 250, Gaupp II S. 288 u. A.).

Nr. 3: Vorausgesetzt ist, daß § 350 nicht zutrifft.

5) Nr. 4: — „unmittelbar betheiligt" — d. h. solche, „deren Rechts- oder Pflichtenkreis in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch den Ausgang des Rechtsstreits beeinflußt wird" (RG. VIII S. 406 ff.), also namentlich Nebenintervenienten, welche nicht nach § 66 als Streitgenossen gelten, Litisdenunziaten, Nominaten (§ 73), Bürgen &c. (vgl. auch § 41 Anm. 3), von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter einer offenen Handels-

§ 359. Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenüber gestellt werden.

N. Entw. §§ 525, 530. Entw. I. 329. Entw. II. § 340. Entw. III. § 346. Mot. S. 255. Prot. S. 136.

§ 360. Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntniß, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

N. Entw. § 526. Entw. I. § 330. Entw. II. § 341. Entw. III. § 347. Mot. S. 255, 256. Prot. S. 136.

---

gesellschaft (vgl. Eccius in der § 59 Anm. 2 angef., jetzt in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXII S. 1 ff. veröffentlichten Abh. S. 17), nicht bloße Unterhändler (RG. VIII S. 411) oder Personen, welche möglicherweise ein thatsächliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1098, 1100). Ueber diese Fragen sowie wegen des Gemeinschuldners in Prozessen des Konkursverwalters vgl. auch d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 1 (oben S. 393) u. § 350 Anm. 2. Häufig werden die Fälle unter Nr. 4 und unter § 349 Nr. 1 zusammenfallen (vgl. Anm. 2 daselbst).

§ 359.

Vgl. StrPO. § 58.

1) Abs. 1: Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Prozeßrecht (Wetzell S. 216, Koch, Preuß. Civilproz. S. 465 2c.). Die Parteien dürfen zugegen sein (vgl. §§ 322, 362).

— „der später abzuhörenden" — Selbstverständlich kann auch ein früher vernommener Zeuge zum Abtreten während einer späteren Vernehmung veranlaßt werden.

2) Abs. 2: Die dem gemeinrechtlichen Prozesse wegen der schriftlichen Beweisartikel unbekannte Gegenüberstellung („Konfrontation") steht mit der Verhandlungsmaxime nicht im Widerspruch, da die letztere den Richter in der sachgemäßen Benutzung der produzirten Beweismittel nicht beschränkt, und fördert im mündlichen Verfahren die Erforschung der materiellen Wahrheit. Vgl. § 363 Anm. 1.

§ 360.

Vgl. StrPO. § 67.

1) „Religionsbekenntniß" — Die RTK. erklärte sich gegen die von einer Seite befürwortete Streichung dieses Wortes. Vgl. §§ 443, 446.

2) „Erforderlichenfalls" — also nicht unbedingt, wie nach Preuß. AGO. I 10 § 190, Code de proc. art. 262, Hann. PO. § 266 usw. vorgeschrieben ist. (So auch RG. i. Str. S. III S. 100 zu StrPO. § 67.)

3) — „in der vorliegenden Sache" — Es handelt sich also um Momente, welche auf Beziehungen zu dem einzelnen Falle beruhen, vgl. z. B. §§ 348 Nr. 1—3, 349 Nr. 1, 2, 350 Nr. 4, 358 Nr. 3, 4. Von einer kasuistischen Aufzählung ist abgesehen.

4) Die Mot. bemerken:

> „Der Zeugeneid erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Beantwortung dieser Fragen, und um jede zulässige Vereinfachung des Verfahrens zu begünstigen, ist die in der preuß. Kab.-Ordre v. 5. Oktober 1846 (JMBl. S. 183) bestimmte jedesmalige Hinweisung auf diese Tragweite des Zeugeneides als entbehrlich übergangen (Nordd. Prot. S. 742)."

Die Vorlegung der Personalfragen muß daher, wenn sie schon vor der Ableistung des Eides erfolgt ist — was vielfach zweckmäßig und unter Umständen sogar nothwendig erscheint — im Falle des Voreides nach Ableistung desselben wiederholt werden (Rechtspr. d. RG. i. Str. S. VI S. 68). Dies gilt auch von den in Satz 2 erwähnten Fragen (ebenda S. 739).

§ 361. Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

N. Entw. §§ 526, 527. Entw. I. § 331. Entw. II. § 342. Entw. III. § 348. Mot. S. 256. Prot. S. 136—139.

§ 362. Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

N. Entw. § 528. Entw. I. § 332. Entw. II. § 343. Entw. III. § 349. Mot. S. 256. Prot. S. 139. 140, 685, 686. 168. Sitzung S. 3.

---

§ 361.

Vgl. StrPO. § 68.

1) Wie § 360 die sog. Vernehmung ad generalia, so regelt § 361 die Vernehmung zur Hauptsache. Im Gegensatz zum sog. artikulirten Verhör soll der Zeuge eine zusammenhängende Darstellung seiner Wissenschaft geben, selbstverständlich dem Charakter des mündlichen Verfahrens gemäß ohne Benutzung einer Niederschrift (Code de proc. art. 271, Württ. PO. Art. 489 ꝛc.). Zur Erläuterung und Ergänzung dient das in Uebereinstimmung mit § 130 geregelte Fragerecht (Abs. 2, 3). Auch § 131 kommt hier zur Anwendung. Wenngleich der Vorsitzende nicht die gesammte Sachleitung, also auch nicht die Leitung der Zeugenvernehmung bzw. Befragung der Zeugen überhaupt einem Gerichtsmitgliede, etwa dem Referenten, überlassen darf, so wird doch nichts entgegenstehen, daß dies (zu seiner Entlastung) hinsichtlich einzelner Zeugen geschieht. (Vgl. § 130 Anm. 7, GVG. § 68 Anm. 1, Sarwey I S. 526, Gaupp II S. 291, Hellmann II S. 253.)

Wegen der Protokollirung der Aussagen vgl. §§ 146 Nr. 3, 147, 150 u. RG. i. Str. S. V S. 352.

2) Abs. 3: vgl. StrPO. § 239 Abs. 1. Das Fragerecht der beisitzenden Richter ist dem Vorsitzenden gegenüber ein völlig freies und unbeschränktes (Rechtspr. d. RG. i. Str. S. VI S. 350).

§ 362.

1) Die RTK. hatte anfänglich den § 362 dahin abgeändert, daß der Vorsitzende den Parteien auf Verlangen die Stellung der in Abs. 1 bezeichneten Fragen zu gestatten habe, während der Entw. ihn hierzu nur für befugt erklärte („kann"). Im Parteiprozesse sollte es dagegen bei der Bestimmung des Entwurfs bewenden. Nach dem Schlusse der zweiten Lesung wurde von den Regierungen die Wiederherstellung des Entw. begehrt, namentlich wegen der erforderlichen Uebereinstimmung mit dem amtsgerichtlichen Verfahren. Die RTK. erklärte sich hierauf für Aufrechterhaltung ihres früheren Beschlusses mit der vom Abg. Lasker beantragten Abänderung, daß die Verpflichtung des Vorsitzenden nur den Anwälten der Parteien gegenüber einzutreten habe. Die Redaktions-Komm. hat sodann mit Ermächtigung der RTK. die früher aufgenommene besondere Bestimmung für den Parteiprozeß gestrichen und den § 362 dadurch umgestaltet, daß Abs. 1 des Entw. wiederhergestellt, Abs. 3 des Entw. aber als Abs. 2 mit dem Zusatze „und hat — zu gestatten" zwischen Abs. 1 u. 2 eingeschaltet wurde (§§ 238, 240 StrPO.).

Das sog. „Kreuzverhör" (s. StrPO. §§ 238, 240) ist durch § 362 in den Civilprozeß nicht eingeführt. Die Regel bleibt immer die Befragung durch den Vorsitzenden („vorlegen

§ 363. Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

N. Entw. § 531. Entw. I. § 333. Entw. II. § 344. Entw. III. § 350. Mot. S. 257. Prot. S. 140. 163. Sitzung S. 1 u. Anl. C.

---

zu lassen"), der auch stets durch sachliche Zwischenfragen interveniren kann, und von dem immer das Wort erbeten werden muß („auf Verlangen zu gestatten"). Nur einzelne direkte Fragen sollen die Anwälte und die Parteien thun dürfen. Die Anwälte haben hierauf ein Recht, auch im Parteiprozesse; die Parteien selbst einschließlich der gesetzlichen Vertreter, der Bevollmächtigten und Beistände, welche nicht Rechtsanwälte sind, können nur Anträge darauf stellen. Anders StrPO. §§ 239, 240.

2) — „welche — erachten" — Es wird also in der Regel jede nach dem Ermessen der Partei sachdienliche, wenngleich nach Ansicht des Gerichts unerhebliche Frage zu gestatten sein. Denn, wie der Abg. v. Schwarze in der RTK. bemerkte, der Prozeß ist erst dann gehörig instruirt, wenn beide Parteien, was sie für wesentlich halten, vorgebracht haben; nur so kommt das Prinzip der freien Beweiswürdigung zu voller Geltung. Ebendeshalb hat bei entstehenden Zweifeln, die von jedem bei der Verhandlung Betheiligten angeregt werden können (vgl. § 131 Anm. 5), nach Abs. 3 das Gericht zu entscheiden. Unzulässig sind z. B. Fragen, welche sich nicht auf den Beweissatz beziehen oder überhaupt nicht auf Thatsachen, ferner solche, deren Beantwortung der Zeuge mit Recht bereits verweigert hat.

3) Abs. 3: Gegen die Entscheidung des Gerichts ist die Beschwerde unzulässig, weil keiner der Fälle des § 530 vorliegt (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 155); es liegt vielmehr ein erst mit der Berufung gegen das Endurtheil anfechtbares Zwischenurtheil vor. Vgl. § 131 Anm. 6.

4) Die Bestimmung gilt in modifizirter Art auch für den beauftragten oder ersuchten Richter (vgl. §§ 363 Abs. 2, 365 Anm. 3).

§ 363.

1) Abs. 1: „Das Prozeßgericht" — aber auch der beauftragte oder ersuchte Richter (§ 365).

— „nach seinem Ermessen" — Die CPO. enthält sich hier der Kasuistik der meisten früheren Prozeßgesetze und Entwürfe. Außer den Fällen, wenn die Vernehmung nicht ordnungsmäßig oder nicht vollständig gewesen ist, oder wenn die Aussage an Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit leidet, oder wenn der Zeuge selbst die Ergänzung oder Berichtigung seiner Aussage für nöthig erklärt (Hann. PO. § 270 2c.), oder die Gegenüberstellung nöthig wird (§ 359 Abs. 2), kann die „wiederholte Vernehmung", wie die Mot. hervorheben, auch im Interesse des Gerichts erforderlich werden, wenn die Besetzung gewechselt hat oder sonst durch Zeitablauf die Aussage nicht mehr genügend im Gedächtnisse der Richter steht.

2) Abs. 2 handelt von der „nachträglichen" Vernehmung, welche also gleichfalls von Amtswegen wie auf Antrag angeordnet werden kann, und entspricht dem Prinzip des § 539.

3) Für die wiederholte („nochmalige" — § 365) Vernehmung gelten die Prozedurvorschriften der §§ 359—362; ebenso für die nachträgliche Vernehmung (des Abs. 2) mit der Maßgabe, daß die letztere sich nur auf die verweigerte Frage erstreckt („über diese Frage"), falls die Antwort nicht eine wiederholte Vernehmung nöthig macht.

4) Wegen der in Abs. 3 enthaltenen Abweichung von dem § 356 vgl. § 357 Anm. 6.

§ 364. Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.

N. Entw. § 532. Entw. I. § 334. Entw. II. § 345. Entw. III. § 351. Mot. S. 257. Prot. S. 147.

Die jetzige Fassung des Abs. 3 ist von der RTK. an die Stelle der Fassung „Bei — — Vernehmung genügt statt der Beeidigung die Berufung auf den geleisteten Eid" gesetzt worden, um klar zu stellen, daß es nicht im Ermessen des Zeugen, sondern in dem des Gerichts liege, ob die Berufung auf den geleisteten Eid stattfinden soll. Vgl. auch StrPO. § 66. Die Versicherung braucht nicht mit den Worten des Gesetzes zu erfolgen; es genügt jede Versicherung der Wahrheit auf den geleisteten Eid (Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 704, VI S. 34). Dagegen ist die bloße Hinweisung des Richters auf den früher geleisteten Eid nicht ausreichend (RG. i. StrS. III S. 100, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 624).

Auf den assertorischen Eid kann eine promissorische, auf den promissorischen eine assertorische Versicherung folgen (RG. i. StrS. VI S. 145).

§ 364.

1) In einem Verfahren mit freier Beweiswürdigung ohne Eventualmaxime hat die sog. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (vgl. Wetzell S. 252 Anm. 4, Renaud S. 412 ff., Volgiano, Ges.Abh. S. 253 ff.) keinen Sinn. Dieselbe ist denn auch grundsätzlich beseitigt.

„Mit den Grundsätzen des Entwurfs über den Wegfall der Eventualmaxime ist die Lehre von der sog. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nicht verträglich. Interlokut, Beweisantretung und Beweisfristen des alten Prozesses sind aufgegeben. Die Aufnahme der Beweise geschieht auf Vorschlag des Beweisführers; es unterliegt daher, solange der Beweis noch nicht erhoben ist, dessen freier Disposition, auf den angebotenen Beweis zu verzichten; da aber der Gegner nicht gehindert ist, sich seinerseits der aufgegebenen Beweismittel zu bedienen, so vereinfacht und beschleunigt es das Verfahren, wenn der § 364 bestimmt, daß der Gegner, wenn der Verzicht auf den vorgeschlagenen Zeugen im Vernehmungstermin erfolgt, die Vernehmung des erschienenen Zeugen oder, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, die Fortsetzung derselben verlangen kann, und es macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob der Vernehmungstermin vor dem Prozeßgerichte oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumt war." (Mot.)

Die Vorschrift „der Gegner — werde" beruht somit lediglich auf Zweckmäßigkeitsrücksichten. (A. M. zum Theil Siebenhaar S. 398, dessen Ausführungen den Grundsatz des § 259 nicht genügend berücksichtigen. Vgl. auch Puchelt II S. 198, v. Canstein, Grundlagen S. 12 Anm. 8, v. Weveld, Augenschein S. 46 Anm. 2.)

Der Verzicht, welcher einer Annahme seitens des Gegners nicht bedarf und daher auch in Abwesenheit desselben erfolgen kann (vgl. §§ 332 Anm. 1), kann auch im Termine vor dem ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen. Ob derselbe schon vor dem Termine erklärt war, ist für die Befugniß des Gegners gleichgültig, wenn der Zeuge dessenungeachtet seiner Verpflichtung gemäß im Termine erscheint. (Vgl. Petersen § 364 Nr. 1 a. E., Gaupp II S. 295, Fitting § 50 S. 173, Sarwey I S. 529. A. M. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 504, welches auch einen vor dem Termine schriftlich erklärten Verzicht für bindend erachtet; vgl. § 325 Anm.) Der Gegner ist, auch wenn er von der betreffenden Befugniß keinen Gebrauch macht, doch, wie der Abg. Bähr in der RTK. hervorhob, noch immer in der Lage, einen von der anderen Seite fallen gelassenen Zeugen seinerseits zur Abhörung zu bringen. Letzterer ist kein neuer Zeuge im Sinne des § 339 (Wilm. Levy Anm. 2, Puchelt II S. 197 Anm. 2, Petersen § 364 Nr. 2 u. A. A. M. Uebel I S. 342 Anm. 2).

In der Berufungsinstanz kann der Zeuge, auf welchen in erster Instanz verzichtet ist, von neuem vorgeschlagen werden. In erster Instanz können der abermaligen Benennung die §§ 256 Abs. 2, 339 entgegengesetzt werden (vgl. Endemann II S. 240, Gaupp II S. 296,

§ 365. Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnißverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

N. Entw. § 533. Entw. I. § 335. Entw. II. § 346. Entw. III. § 352. Mot. — Prot. S. 140.

§ 366. Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Ent=

Sarwey a. a. O., A. Förster Anm. 1 u. A. A. M. Wilm. Levy a. a. O., deren Gründe jedenfalls dann nicht zutreffen, wenn die verzichtende Partei selbst den Zeugen von neuem benennt).

2) Auf dem gleichen Grundsatze wie § 364 beruht § 401 hinsichtlich des Urkundenbeweises.

§ 365.

1) Die Bestimmung erledigt den Zweifel, ob gewisse Befugnisse des beweiserhebenden Gerichts auch dem „mit der Beweisaufnahme betrauten", d. h. dem beauftragten oder ersuchten Richter (§§ 326—328, 330, 340) zustehen (vgl. N. E. § 533, StrPO. § 69 Abs. 3). Es sind dies namentlich die Befugnisse zur Erzwingung des Zeugnisses durch Strafen und Vorführung bzw. Haft (§§ 345, 355), da der Zwang zur Ausführung des Auftrags gehört. Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung hat er nicht zu entscheiden (§§ 352 Abs. 1, 354).

2) — „gesetzlichen Verfügungen zu treffen" — vgl. §§ 294 Anm. 1, 345 ff., 355; nicht bloß Anordnungen des Prozeßgerichts auszuführen (Wilm. Levy Anm. 1).

— „selbst nach Erledigung des Auftrags wiederaufzuheben" — vgl. 346.

3) — „über die Zulässigkeit — — vorläufig zu entscheiden" — vgl. § 362 Abs. 1, 2.

Die Fassung des Entw. „einer auf Antrag den Zeugen vorzulegenden bestimmten Frage" ist von der Redaktionskommission der RTK. durch die jetzige Fassung ersetzt. Die definitive Entscheidung gebührt dem Prozeßgericht (§ 363 Abs. 2). Läßt der beauftragte oder ersuchte Richter die Frage zu, aber verweigert der Zeuge die Antwort unter Berufung auf einen Zeugnißverweigerungsgrund, so darf die Frage nicht weiter gestellt werden (§ 351). Ein Gleiches gilt aber nicht, wenn der Gegner die Entscheidung des Prozeßgerichts verlangt. (So auch Endemann II S. 241, Gaupp II S. 298, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 1c, jetzt auch Seuffert Anm. d u. Petersen § 365 Nr. 2. A. M. Hellmann II S. 256 unter Berufung auf § 331, der jedoch die Sistirung der Beweisaufnahme nur dann vorschreibt, wenn der beauftragte oder ersuchte Richter zur Entscheidung nicht berechtigt ist, während diesem nach § 365 die vorläufige Entscheidung zusteht. Zu der Unterscheidung Sarwey's I S. 531, ob die Zulässigkeit aus einem Grunde beanstandet wird, der den Zeugen zur Weigerung berechtigen würde, oder aus einem anderen Grunde, liegt kein Anhalt im Gesetz vor. Auch in anderen Fällen verbleibt dem Prozeßgericht die definitive Entscheidung, event. über den Werth der Beantwortung einer unzulässiger Weise gestellten Frage.)

4) — „und die nochmalige — vorzunehmen" — vgl. § 363.

5) Der N. E. § 533 Nr. 3, 6 führt noch die Festsetzung und Einziehung der Vergütung des Zeugen und die Gegenüberstellung mehrerer Zeugen auf. Die letztere Befugniß ist nach § 359 Abs. 2 selbstverständlich. Wegen der ersteren vgl. § 366 Anm. 2.

6) Ueber die Beschwerde gegen Verfügungen des beauftragten oder ersuchten Richters vgl. § 539.

§ 366.

Vgl. StrPO. § 70.

1) Die Entwürfe hatten die Worte „nach Maßgabe der Gebühren=Ordnungen". Die Aenderung ist von der RTK. mit Rücksicht auf die gemeinsame Gebührenordnung (EG. z. CPO. § 2) vorgenommen. Vgl. auch GVG. § 166 Abs. 1, 2.

schädigung für Zeitversäumniß und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.

N. Entw. §§ 507, 508. Entw. I. § 336. Entw. II. § 347. Entw. III. § 353. Mot. S. 257. Prot. S. 140.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 367. Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

N. Entw. § 536. Entw. I. § 337. Entw. II. § 348. Entw. III. § 354. Mot. S. 257, 258. Prot. S. 140.

---

2) Die Ausführung des § 366 enthält die GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 §§ 1, 2, 5—12, 14, 16—18, welche gewisse Minimal- und Maximalsätze bestimmt mit Besonderheiten für öffentliche Beamte, welche als Zeugen über Umstände, von denen sie in Ausübung ihres Amtes Kenntniß erhalten haben (vgl. RG. XI S. 435), vernommen werden, und die Festsetzung dem Gericht bzw. dem Richter überweist, vor welchem die Verhandlung stattfindet (vorbehaltlich der Beschwerde).

Die Gebühren werden nur auf Verlangen gewährt. Der Anspruch ist binnen drei Monaten bei dem zuständigen Gericht anzubringen. Die Gebühr wird vorbehaltlich der Erstattungspflicht der Parteien aus der Staatskasse bezahlt (vgl. GKG. § 79 Nr. 4), und zwar aus der Kasse des vernehmenden Gerichts bzw. einer anderen öffentlichen Kasse am Orte der Vernehmung (vgl. OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 130).

Wegen des Vorschusses s. § 344, GVG. § 166 Abs. 3. Auf den Vorschuß durch die Partei hat der Zeuge nicht zu warten (vgl. OLG. Nürnberg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 152).

Achter Titel.

Literatur: Die ältere, reichhaltige Literatur s. bei Walther im civ. Arch. 26 S. 104 ff. Aus neuerer Zeit: Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 333 ff. u. Vortr. S. 57 ff., M. Obermeyer: Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprozeß. München 1880 u. dazu die Kritik von v. Völdernsdorff in Krit. Vierteljahrsschr. XXIII S. 364 ff., Birkmeyer im Rechtslexikon III S. 512 ff. s. a. „Sachverständige", v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 328 ff., Langenbeck das. IV S. 489 ff., Heusler im civ. Arch. 62 S. 243 ff., Wendt das. 63 S. 269 ff., Endemann, Lehrb. S. 731 ff., Hellmann, Lehrb. S. 559 ff., John, Komm. z. StrPO. I S. 514 ff., Glaser, Handb. des Strafprozesses I S. 670 ff.

1) Gemeinrechtlich besteht schon seit den Glossatoren eine lebhaft verhandelte Kontroverse, ob die Sachverständigen als Richter bzw. Gehülfen des Richters oder als Beweismittel, nämlich als Zeugen anzusehen sind. Unter den neuesten Prozessualisten verwirft Wetzell S. 528 ff. (nach dem Vorgang Gönner's) am entschiedensten die von Manchen beliebte Unterscheidung wahrnehmender und urtheilender Sachverständigen (so z. B. Renaud S. 314, 426, 680 ff., dem neuerdings Birkmeyer a. a. O. beitritt) und sieht in den Sachverständigen „Hülfsorgane" („Gehülfen") des Richters mit urtheilender Funktion, also „keine eigentlichen Beweismittel". (Aehnlich Endemann a. a. O.). Auch Heusler a. a. O. und Wendt a. a. O. verweisen die Sachverständigen ganz aus dem Gebiete des Beweises. Einzelne ältere Partikularrechte behandeln sie lediglich als Zeugen. (Vgl. Obermeyer a. a. O. S. 43, 44, namentlich S. 54 ff., 71 ff., welcher selbst sich für eine „verbesserte Beweismitteltheorie" erklärt.) Nur Zeugen sieht in den Sachverständigen noch heute v. Canstein a. a. O. S. 328 ff.; [ähnlich v. Bar: Das deutsche Civilprozeßrecht S. 49 („Zeugen besonderer Qualifikation") u. v. Völdernsdorff a. a. O.] Bald der einen, bald der anderen Auffassung folgte das preußische Prozeßrecht (AGO. I 9 § 38, 10 § 59, 13 § 10 Nr. 7, 44 § 48; Anh. §§ 102—104) und die darauf

gegründete Praxis (vgl. R. Koch in Hinschius, Preuß. Anwalts-Ztg. 1866 Nr. 46, 47). Der Code de proc. art. 302 ff. steht mehr auf dem Standpunkte der Gehülfen-Theorie. Das HGB., welches das Institut der Sachverständigen in bedeutendem Umfange, namentlich wo es sich um Preis- oder Werthverhältnisse handelt, benutzt hat (vgl. z. B. Art. 57, 162, 254, 348, 365, 407, 499, 522, 573, 609, 614, 711 ff.), trifft keine prinzipielle Entscheidung (s. R. Koch in Busch, Arch. f. HR. XVII S. CXLIV ff.; vgl. ROHG. 5 S. 142). Andere von Sachverständigen handelnde Reichsgesetze s. bei Seuffert S. 442 Anm. 3, Hellmann II S. 259, Gaupp II S. 303. Auf die Haltung der neueren Prozeßordnungen und Entwürfe sind die Ansichten der neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller von Einfluß gewesen. Wenngleich indessen oft die Ansicht, daß die Sachverständigen Gehülfen des Richters seien, als die richtige betont wird (vgl. Mot. z. P. E. S. 114, Nordd. Prot. S. 753), so erscheint der Sachverständigen-Beweis doch überall praktisch als eine dem Zeugenbeweise analoge Art des Beweises, wobei nur in Beziehung auf die Zuziehung von Sachverständigen überhaupt, ferner auf Auswahl und Zahl der Sachverständigen dem Gerichte weitgehende Befugnisse eingeräumt sind (Bayer. PO. Art. 433 ff., Württ. PO. Art. 500 ff., Bad. PO. §§ 491—494, H. E. §§ 351 ff., P. E. §§ 501 ff., N. E. §§ 536 ff.).

2) Was die CPO. anlangt, so stellen sich die Mot. vollständig auf den Standpunkt der neueren Gehülfen-Theorie (namentlich Wetzell's):

> „Zur Beurtheilung streitiger Partei-Behauptungen können besondere Kenntnisse erforderlich sein, deren Besitz nur durch eine auf dieselbe gerichtete spezielle wissenschaftliche Thätigkeit, durch technische oder gewerbemäßige Uebung erlangt werden kann, und welche daher dem Richter regelmäßig nicht beiwohnt. In solchen Fällen ist der Richter thatsächlich genöthigt, sich des Beiraths solcher Personen zu bedienen, welche jene Kenntnisse besitzen. Die Sachverständigen sind Gehülfen des Richters, indem sie demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende oder als feststehend angenommene Thatsachen erstatten und — auch wenn sie bei Einnahme des Augenscheins als wahrnehmende oder darstellende Sachverständige fungirten — ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urtheil abgeben. Dieses Prinzip ist in Verbindung mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung für die Vorschriften des Entw. über den Sachverständigenbeweis maßgebend gewesen."

Mit aller Schärfe wird hier die Gleichartigkeit der Aufgabe des Sachverständigen mit der des Richters hervorgehoben, als deren Bestandtheil sie gewissermaßen erscheint. Wenn das Gesetz dennoch von einem „Beweis durch Sachverständige" spricht und die Begutachtung durch Sachverständige als einen Abschnitt der Beweisaufnahme behandelt, so betrifft dies doch im Wesentlichen nur die formelle Prozedur (in den §§ 3, 260 wird die Begutachtung durch Sachverständige der „Beweisaufnahme" gegenüber gestellt). Die Regelung der einzelnen streitigen Punkte, welche das praktische Interesse der Streitfrage bilden, ist überall im Sinne der Gehülfentheorie erfolgt (vgl. z. B. §§ 369—371, 377). [So auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1104, Seuffert S. 441 Anm. 1, Petersen S. 584, Obermeyer a. a. O. S. 92 ff. u. A. A. M.: Hellmann, Lehrb. S. 559 ff. u. Birkmeyer a. a. O. S. 515, welcher unter Beiseitesetzung der Mot. den Unterschied zwischen wahrnehmenden und urtheilenden Sachverständigen aufrecht erhält.] Von Anwendung der Begriffe „Beweis", „Beweismittel" (s. §§ 324 Nr. 2, 449 Nr. 3) kann somit hier nur in einem modifizirten Sinne, etwa wie bezüglich der fremden Rechte ꝛc. (§ 265), die Rede sein. Eine „Beweislast" besteht rücksichtlich der durch Sachverständige aufzuklärenden Punkte überhaupt nur, soweit dem Gerichte die Kenntniß nicht bereits beiwohnt oder von ihm anderweit erreicht wird (s. § 368 Anm. 2). Auch ohne jeden Partei-Antrag kann das Gericht von Amtswegen Sachverständige vernehmen (§§ 3, 135, 260, 337, 407) und Aeußerungen nicht vernommener Sachverständigen als Hülfsmittel zur Würdigung abgegebener Gutachten benutzen (vgl. § 367 Anm. 3). In Entmündigungssachen wegen Geisteskrankheit ist es zur Vernehmung von Amtswegen sogar verpflichtet (§§ 598, 599, 612). Abgesehen von diesen Ausnahmebestimmungen kann das Gericht allerdings auch eine Anregung der Parteien (s. § 368 Anm. 1) abwarten; aber niemals ist es dazu durch die Natur des „Sach-

§ 368. Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

N. Entw. § 537. Entw. I. § 338. Entw. II. § 349. Entw. III. § 355. Mot. S. 258. Prot. S. 140.

---

verständigen-Beweises" genöthigt. Die Verhandlungsmaxime bleibt hier gänzlich außer Betracht (s. Obermeyer a. a. O. S. 93, Langenbeck a. a. O., welcher Augenschein und Sachverständige hier jedoch ganz gleich behandelt. A. M. Birkmeyer a. a. O. hinsichtlich der „wahrnehmenden Sachverständigen"). [Anders beim Augenschein — s. § 336 Anm. 1.] Zum Schutze der Parteien dienen namentlich die §§ 369 Abs. 3, 4; 371 sowie das Recht, den Inhalt des Gutachtens anzufechten (§§ 258, 259, 377).

§ 367.

1) Obschon „auf den Beweis durch Sachverständige die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung finden" (s. d. Uebersicht bei Seuffert Anm., Sarwey I S. 532; vgl. auch StrPO. § 72), so bedingt doch das Prinzip (s. die allgem. Bem. z. Tit. 8 unter 2) zahlreiche Abweichungen von den für jene Beweisart wie für die Beweismittel überhaupt geltenden Bestimmungen. Diese Abweichungen enthalten die §§ 368—378. Unanwendbar ist auch § 339 (vgl. Mot. S. 248, § 339 Anm. 1); ebenso § 359 (s. § 376 Anm. 3), nicht § 344 (vgl. RG. VII S. 389). Die sog. sachverständigen Zeugen werden wie gewöhnliche Zeugen behandelt (§ 379). [Vgl. auch Wach a. a. O. S. 336 ff.]

2) Die Bestimmungen des vorliegenden Titels gelten auch für die von Amtswegen veranlaßte Begutachtung durch Sachverständige (§ 135 Abs. 2). § 344 ist alsdann hier unanwendbar.

3) Sachverständige Aeußerungen von Personen, welche im Prozesse nicht als Sachverständige zugezogen sind, können zwar nicht als Beweismittel, wohl aber als Hülfsmittel bei freier Würdigung der Gutachten nach § 259 benutzt werden (RG. IX S. 380).

§ 368.

1) Die „Antretung des Beweises" (§§ 255, 338), soweit von einer solchen hier die Rede sein kann (vgl. d. allg. Bem.), ist auf die „Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte", also gewissermaßen auf die Angabe des Beweissatzes (vgl. §§ 324 Nr. 1, 342 Nr. 2), welche hier freilich der Natur dieses Beweismittels nach von geringerer Bedeutung ist, als beim Zeugenbeweise (vgl. Heusler a. a. O. S. 268 ff.), und die Bezeichnung der allgemeinen Kategorie von Beweismitteln, deren Erhebung der Beweisführer beantragt, beschränkt. Ein gleichzeitiger Vorschlag der Personen ist nicht ausgeschlossen. Im Uebrigen vgl. wegen deren Auswahl § 369.

2) Ob das Gericht die beantragte Vernehmung von Sachverständigen, wenn es sich selbst die erforderliche Sachkunde beimißt, ablehnen darf, ist nicht bestimmt. Die Mot. erklären die Aufnahme einer bezüglichen Vorschrift (wie in P. E. § 501, H. E. § 351, N. E. § 538 — vgl. auch Bayer. PO. Art. 493, Württ. PO. Art. 500) für theils entbehrlich, theils bedenklich; die Spezialvorschriften des § 407 („geeignetenfalls") und GVG. § 118 widersprächen nicht, erstere nicht, weil der Richter hier selbst Sachverständiger, letztere nicht, weil das Gericht in diesem Falle zum Theil mit sachkundigen Personen aus dem Handelsstande besetzt sei. Die Bejahung der Frage ergiebt sich aus der grundsätzlichen Behandlung der Sachverständigen als Gehülfen des Richters. [Uebereinstimmend: Wilm. Levy S. 519, Petersen §§ 367, 368 Anm. 1, A. Förster Anm. 4, Endemann II S. 533, Gaupp II S. 305, Heusler a. a. O. S. 264, Obermeyer a. a. O. S. 86 ff. u. A. A. M. v. Bülow Anm. 2, welcher in Fällen, in denen die Begutachtung eine besondere sachliche Ausbildung voraussetzt, dem Richter das Recht abspricht, die beantragte Vernehmung von Sachverständigen deshalb abzulehnen, weil er sich zufällig im Besitze jener Kenntnisse befindet. Vgl. HGB. Art. 57, 162, 254, 573, Wach a. a. O. S. 338.]

§ 369. Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.

N. Entw. § 539. Entw. I. § 339. Entw. II. § 350. Entw. III. § 356. Mot. S. 258. Prot. S. 140–142.

---

§ 369.

Vgl. StrPO. § 73.

1) Abs. 1 enthält die wichtigste Konsequenz der dem vorliegenden Titel zu Grunde liegenden prinzipiellen Auffassung. Gerade um die Fragen wegen der Auswahl und der Zahl, worüber nach der vorliegenden Bestimmung das nur durch Abs. 2 u. 4 beschränkte Ermessen des Gerichts entscheidet (anders in § 449 Nr. 3), bewegte sich hauptsächlich die gemeinrechtliche Kontroverse. Die freie Stellung des Gerichts ergiebt sich daraus, daß es hier nur auf abstrakte technische Qualifikation, nicht, wie bei den Zeugen, auf konkrete Wissenschaft ankommt, sowie aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, soweit hier von „Beweis" die Rede sein kann. Ueber die Zuziehung eines „Obmanns" s. § 377 Anm. 1.

2) Abs. 2: Die nur instruktionelle Bestimmung ist auf Antrag des Abg. Zinn von der RTK. eingeschaltet (s. auch StrPO. § 73 Abs. 2, HGB. Art. 609, Art. 16 des Preuß. EG. zum HGB., Anh. § 64 zur Preuß. AGO. I 9 § 38 und Anh. § 97 zu I 10 § 384 das.). Der Grund ist theils die größere Garantie der Tüchtigkeit, z. B. bei den amtlichen Gerichtsärzten und Gerichtsthierärzten, theils die Erleichterung des Sachverständigenzwanges für die nicht öffentlich bestellten Sachverständigen (vgl. § 372).

3) — „für gewisse Arten von Gutachten" — d. h. gerade zu der Funktion als Sachverständige für bestimmte Kategorieen von Gegenständen.

— „öffentlich bestellt" — d. h. innerhalb des Gerichtsbezirks, wie in der RTK. konstatirt wurde. Vgl. jedoch § 372 Anm. 2.

4) — „besondere Umstände" — mögen dieselben in dem konkreten Falle ihren Grund haben oder außerhalb desselben liegen (der Entw. z. StrPO. sagte abweichend: „wenn die besonderen Umstände des Falles dies fordern"), z. B. (nach der von dem Antragsteller gegebenen Erläuterung) wenn ein besser geeigneter Spezialist an demselben Orte, oder wenn in größerer Nähe, als der Gerichtsarzt, ein besser oder gleich qualifizirter Arzt vorhanden ist, oder wenn der Gerichtsarzt in mehreren Sachen gleichzeitig als Gutachter fungiren soll und diese Funktionen neben einander nicht wahrnehmen kann.

5) Abs. 3 und besonders Abs. 4 enthalten eine Modifikation der Abs. 1 u. 2 zu Gunsten des Parteirechts.

Die Aufforderung ist rein fakultativ. Sie geschieht regelmäßig in der mündlichen Verhandlung, kann aber noch in dem Beweisbeschlusse statt der regelmäßigen „Benennung" der Sachverständigen (§ 324 Nr. 2) oder auch nachträglich erfolgen (Sarwey I S. 534 hält nur Letzteres für statthaft, während Endemann II S. 248, Gaupp II S. 306, Wilm. Levy Anm. 3, Petersen §§ 369, 370 Nr. 3 die Aufforderung dem Beweisbeschlusse stets vorangehen lassen). Sie bindet das Gericht, abgesehen von Abs. 4, nicht an die von den Parteien bezeichneten Sachverständigen. Kommen die Parteien der Aufforderung nicht nach, so wählt das Gericht.

§ 370. Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beigelegten Befugnisse auszuüben.

N. Entw. § 540. Entw. I. § 340. Entw. II. § 351. Entw. III. § 357. Mot. — Prot. S. 142.

§ 371. Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

---

6) Abs. 4, welcher mit der Gehülfentheorie schwer in Einklang zu bringen ist, ist erst von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr als Konsequenz der Verhandlungsmaxime eingeschaltet. Das Gericht ist danach an die (selbstverständlich in mündlicher Verhandlung kundzugebende, dem Beweisbeschlusse vorangehende — s. Sarwey I S. 534, Endemann II S. 248, Hellmann II S. 261 u. A.) Einigung der Parteien über die Personen (nicht über die Zahl) der Sachverständigen gebunden, und zwar auch dann, wenn es von der Befugniß des Abs. 3 keinen Gebrauch gemacht hat. Die Parteien können sich auch beim Vorhandensein öffentlich bestellter Sachverständigen (Abs. 2) über andere Personen einigen (Petersen a. a. O., Puchelt II S. 203 u. A.). Klärt die danach erfolgte Vernehmung den Richter nicht genügend auf, so ist er unbehindert, noch andere Stimmen zu hören (§ 377 Abs. 1). Dagegen kann er nicht schon gleichzeitig mit den durch die Einigung der Parteien bestimmten Sachverständigen andere Sachverständige zuziehen. Wortlaut und Zweck des Abs. 4 steht dem entgegen. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 4, Gaupp II S. 308 u. A.)

Im Entmündigungsverfahren ist Abs. 4 nicht anwendbar (vgl. § 597 Abs. 1, 4, Obermeyer a. a. O. S. 106); ebensowenig auf Dolmetscher (GVG. § 187).

§ 370.

Vgl. § 365 Anm. 1. Der Auftrag ist in den Beweisbeschluß aufzunehmen (vgl. §§ 323, 324 Anm. 2, 4; 369 Anm. 5). Die Befugniß, andere Sachverständige zu ernennen (§ 369 Abs. 1 a. E.), beschränkt sich selbstverständlich auf die von dem beauftragten oder ersuchten Richter selbst ernannten Sachverständigen (N. E. § 540 Abs. 2). Er hat nicht die Befugnisse des § 377, wohl aber vermöge des § 365 die des § 355 Abs. 1, 2. An die Einigung der Parteien ist er ebenso gebunden wie das Prozeßgericht (s. § 369 Abs. 4). [So auch Obermeyer a. a. O. 107, A. Förster § 369 Anm. 2. A. M.: Gaupp II S. 308, Wilm. Levy § 369 Anm. 4, welche eine erst vor dem beauftragten oder ersuchten Richter erklärte Einigung nicht mehr berücksichtigen wollen.] Die Ermächtigung geht im Falle des § 330 auf das ersuchte Gericht über (Seuffert Anm. 3).

§ 371.

Vgl. StrPO. § 74.

1) Die Bestimmung dient zum Schutze des Parteirechts. Vgl. die allg. Bem. zu Tit. 8 unter 2 a. E. und in Betreff der Dolmetscher GVG. § 193.

Die Ablehnung ist für die Parteien der einzige Weg zur Beseitigung eines ernannten Sachverständigen. Sie wird also auch im Falle des StrGB. § 161 anzuwenden sein. Freilich würde die Ernennung eines solchen unfähigen Sachverständigen — ebenso wie die eines eidesunmündigen — auch als unzulässig von Amtswegen zurückzunehmen sein, da derselbe nach § 358 nicht beeidigt werden kann, nach § 375 aber die Beeidigung erfolgen muß (s. auch Obermeyer a. a. O. S. 138. A. M.: Gaupp II S. 317, Wilm. Levy § 375 Anm. 2; diese wollen eine unbeeidigte Vernehmung zulassen, welche aber bei einem derartigen Sachverständigen für das Gericht gar keinen Werth haben kann). Ueber die Folge einer begründeten Ablehnung s. § 377 Anm. 3. — Ein bloßer Verzicht auf den Sachverständigen (§ 364) ersetzt nicht die

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gericht oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gericht oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Betheiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 541–546. Entw. I. § 341. Entw. II. § 352. Entw. III. § 358. Mot. S. 259. Prot. S. 142, 143, 552, 553.

Ablehnung. — Letztere wird in der Regel (wenn der Ablehnungsgrund nicht erst später entstanden ist) durch eine nach § 369 Abs. 4 erfolgte Einigung sowie dadurch ausgeschlossen, daß die Partei den Sachverständigen selbst vorgeschlagen hat (vgl. auch Endemann II S. 249, 250; Puchelt II S. 205, A. Förster Anm. 3, jetzt auch Seuffert Anm. 1. A. M.: Obermeyer a. a. O. S. 139, Gaupp II S. 309, welcher bei der ersteren Kategorie die Ablehnung unbedingt ausschließt).

2) Abs. 1: — „welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen" — eine Konsequenz des Prinzips (s. die allg. Bem. zu Tit. 8). Die Ablehnungsgründe s. in §§ 41 u. 42. (Ein Beispiel s. bei Blum, Urth. u. Ann. I S. 118.) Zwischen Ausschließungs- und Ablehnungsgründen wird hier nicht unterschieden. Die in Satz 2 enthaltene Abweichung von § 41 Nr. 5 folgt aus der beschränkten Aufgabe des Sachverständigen.

Mangelnde Sachkunde (Hann. PO. § 274, Württ. PO. Art. 506 rc.) ist kein Ablehnungsgrund (schon wegen § 371 Abs. 2); vgl. Mot., Hann. Prot. VII S. 2326 ff., Nordd. Prot. S. 756. Einen Ausweg bietet § 373.

3) Abs. 2: vgl. §§ 43, 44 Abs. 4.

— „von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist" — vgl. §§ 369, 370.

— „vor der Vernehmung — Gutachtens" — vgl. §§ 369 Abs. 1, 376. Ein Antrag, die Frist dadurch abzukürzen, daß statt jener Worte gesetzt werde:

„ehe der Sachverständige durch Eid oder Berufung auf den von ihm geleisteten Eid (§ 375) verpflichtet wird,"

ist von der RTK. abgelehnt.

— „vorher nicht geltend gemacht werden konnte" — Diese Fassung statt der Worte des Entw.: „erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei" (vgl. § 44 Abs. 4) beruht auf einer vereinfachten Redaktion des von der RTK. angenommenen Antrags des Abg. Thilo, zu setzen:

„nach der Ernennung der Sachverständigen entstanden oder, wenn früher entstanden, der Partei erst nach der Abgabe des mündlichen oder schriftlichen Gutachtens bekannt geworden sei."

Wenn der Ablehnungsgrund erst nach der Vernehmung oder schriftlichen Begutachtung entstanden ist, kann derselbe für die Beweiskraft des Gutachtens nicht mehr von Einfluß sein. Dieser Fall wird durch die Fassung des Gesetzes gleichfalls getroffen. (So auch Petersen § 371 Nr. 2 a. E., Obermeyer a. a. O. S. 140 u. A. A. M. Puchelt II S. 205.)

Für die Glaubhaftmachung des Abs. 2 gilt nicht die Beschränkung des Abs. 3.

§ 372. Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

N. Entw. § 547. Entw. I. § 342. Entw. II. § 353. Entw. III. § 359. Mot. S. 259, 260. Prot. S. 145–148, 686–688.

Das Ablehnungsgesuch unterliegt nicht dem Anwaltszwang, da es vor dem Gerichtsschreiber angebracht werden kann (§ 74 Abs. 2).

4) Abs. 3: Ein Antrag — analog dem § 44 Abs. 2, 3 — die Glaubhaftmachung nur insofern zu erfordern, als der Sachverständige den Ablehnungsgrund nicht zugesteht, ist von der RTK. abgelehnt. Man erachtete es für selbstverständlich, daß das Gericht den abgelehnten Sachverständigen über den Ablehnungsgrund hören könne, wollte aber die Würdigung des Zugeständnisses dem Gerichte um so eher überlassen, als sonst Kollusionen des Sachverständigen mit einer Partei zu befürchten seien. Vgl. im Uebrigen § 44 Anm. 2.

Der Sachverständige kann sich nicht selbst ablehnen (anders § 48); er hat nur das Weigerungsrecht aus § 373.

5) Abs. 4: vgl. Anm. 2 und §§ 45, 46 Abs. 1. „Entscheidung" — d. h. Beschluß (Abs. 5, vgl. § 294), nicht Zwischenurtheil (§ 275). Das Verfahren ist, falls nicht muthwillig veranlaßt, gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

6) Abs. 5 entspricht dem § 46 Abs. 2. Vgl. §§ 539, 540.

§ 372.

Vgl. StrPO. § 75.

1) Die im Abs. 1 angenommene Ausdehnung des sog. Sachverständigenzwanges entspricht dem preuß. Recht (AGO. I 9 § 38, Anh. § 64; vgl. auch Hann. PO. § 273). Vor ungeeigneter Belästigung schützt § 373 Abs. 1 Satz 2, auch § 369 Abs. 3.

2) — „zur Erstattung von Gutachten — öffentlich bestellt" — vgl. § 369 Abs. 2; z. B. von dem Gerichte bzw. dem Vorsitzenden (Preuß. EG. z. HGB. Art. 16) oder von einer anderen dazu landesgesetzlich bestimmten Behörde, welche auch das räumliche Gebiet festzusetzen hat, worauf sich die Befugniß und Verpflichtung des Sachverständigen erstreckt. Hierher gehören Gerichtsärzte, Taxatoren und die ganze Kategorie der sog. gerichtlichen Sachverständigen. Bereits in anderen Reichsgesetzen findet sich ausgesprochen die Verpflichtung der literarischen Sachverständigenvereine (Ges. v. 11. Juni 1870 § 31 — BGBl. S. 339 — und die entsprechenden Bestimmungen der Gesetze vom 9., 10. u. 11. Jan. 1876) sowie des Patentamts (Ges. vom 25. Mai 1877 § 18 — RGBl. S. 505). Vgl. die Instr. v. 12. Dezbr. 1870 §§ 5–7 (RGBl. S. 621) u. deren Abänderungen v. 16. Juli 1879 (Centralbl. f. d. D. Reich S. 490) u. v. 25. Oct. 1882 (ebenda 1882 S. 417). Die CPO. kennt freilich (im Gegensatze zur StrPO. §§ 91 Abs. 1, 92, 255; vgl. auch § 83 Abs. 3) nur die Vernehmung physischer Personen. Der Verein bzw. die Behörde wird also erforderlichenfalls bestimmte Mitglieder zu bezeichnen haben (vgl. Obermeyer a. a. O. S. 126 Anm. 66, Kleiner II S. 344), soweit nicht, wie in jenen Reichsgesetzen, die Begutachtung durch den Verein bzw. die Behörde selbst zugelassen ist (vgl. § 377 Anm. 4, RG. VI S. 403).

3) „Gewerbe" — nicht im Sinne der Gewerbeordnung (vgl. das. § 6), sondern im weitesten Sinne, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bemerkte, z. B. auch Handel.

4) — „öffentlich zum Erwerbe ausübt" — d. h. gegen Entgelt für Jedermann aus

§ 373. Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugniß zu verweigern, berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens. Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen findet nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten würde.

N. Entw. § 548. Entw. I. § 343. Entw. II. § 354. Entw. III. § 360. Mot. S. 260. Prot. S. 148.

---

dem Publikum, der davon Gebrauch machen will, oder doch für einen größeren Kreis von Personen, sei es innerhalb oder außerhalb des Gerichtsbezirks. Allzu weite Reisen werden durch Anwendung des § 340 Nr. 4 zu vermeiden sein.

5) — „zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt" — z. B. Universitätsprofessoren, Rechtsanwälte, Feldmesser u. dgl. Wegen der Beamten s. § 373 Abs. 2. An sich fallen öffentliche Beamte, zu deren Beruf eine besondere wissenschaftliche oder künstlerische Bildung erforderlich ist, z. B. Medizinal-, Forst-, Bau-Beamte, unter § 372. Dieselben können also unmittelbar geladen werden (§§ 342 Anm. 4 a. E.). Vgl. auch § 369 Anm. 2, 3.)

6) Abs. 2: Die Bestimmung soll namentlich zur Verhütung von Prozeßverschleppungen dienen.

Ob die Erklärung in demselben Prozesse, etwa nach vorgängiger Information im ersten Termine (vor dem Prozeßgerichte oder einem beauftragten oder ersuchten Richter) oder generell für Gutachten der betreffenden Art abgegeben worden, ist unerheblich. (So auch Sarwey I S. 538, Gaupp II S. 312, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Endemann II S. 252, Obermeyer a. a. O. S. 128, Petersen §§ 372, 373 I 2 u. A.)

7) In Preußen finden nach dem AG. z. CPO. § 4 die §§ 372—375 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechende Anwendung. Vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 3.

§ 373.

Vgl. StrPO. § 76.

1) Während die §§ 369—371 auf der Eigenschaft der Sachverständigen als Gehülfen des Richters beruhen, lassen die §§ 373, 374 mehr die Analogie des Zeugenbeweises hervortreten. Vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 8.

2) Abs. 1: „Dieselben Gründe — verweigern" — vgl. §§ 348—350. Unwahre Behauptungen sind nach StrGB. § 138 strafbar.

Ueber das Verfahren vgl. §§ 351—354. Dasselbe ist, falls nicht muthwillig veranlaßt, gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

— „auch aus anderen Gründen" — z. B. wenn sich bei strikter Durchführung des § 372 Härten ergeben würden (s. das. Anm. 1), oder wenn das Gericht nachträglich den von dem Sachverständigen gegen seine Befähigung erhobenen Bedenken beitritt. Wird eine solche Entbindung von dem Sachverständigen selbst angeregt, so finden die §§ 351 ff. keine Anwendung; das Verfahren ist vielmehr ganz formlos. (So auch Sarwey I S. 539, Hellmann II S. 366, Wilm. Levy Anm. 2, Obermeyer a. a. O. S. 132, jetzt auch Petersen §§ 372, 373 II.)

3) Abs. 2: — „öffentlichen Beamten" — vgl. § 341 Anm. 1. Auch diese können unmittelbar geladen werden. Reichsbeamte haben nur zur Abgabe außergerichtlicher Gutachten die Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde einzuholen (Ges. v. 31. März 1873 § 12 — RGBl. S. 61). Wegen der Vergütung für öffentliche Beamte s. § 378 Anm. 1.

— „wenn — erklärt" — Das Gericht hat die Erklärung nicht herbeizuführen; dies bleibt dem Beamten überlassen, welcher zur Anzeige bei der vorgesetzten Behörde dienstlich ver-

§ 374. Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurtheilt. Im Falle wiederholten Ungehorsams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

N. Entw. § 549. Entw. I. § 344. Entw. II. § 355. Entw. III. § 361. Mot. S. 260. Prot. S. 148, 149, 553.

---

pflichtet werden kann (vgl. z. B. Preuß. Min.Bl. f. d. inn. Verw. 1883 S. 80, 344). Ob der Beamte zur Begutachtung verpflichtet ist (§ 372) oder sich weigert (§ 373 Abs. 1), ist für die Anwendung der Bestimmung unerheblich.

— „den dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten" — nicht blos, weil es dem Beamten an Zeit mangelt (N. E. § 548 Abs. 2), sondern auch aus anderen dienstlichen Rücksichten, welche die Mot., wie folgt, andeuten:

„Erfahrungsmäßig sind die Fälle nicht selten, in denen die Beamten durch das öffentliche Auftreten als Sachverständige in eine Stellung gedrängt, Angriffen und Urtheilen — sowohl von Seiten der zunächst Betheiligten als auch aus weiteren Kreisen — und selbst Konflikten zwischen der staatsbürgerlichen Pflicht und den amtlichen Obliegenheiten ausgesetzt werden, durch welche das dienstliche Interesse Schädigungen erleidet."

§ 374.

1) Die Bestimmung weicht von den §§ 345, 355 in mehrfacher Beziehung ab:

a) im Falle des Unvermögens tritt keine Haft ein;

b) bei wiederholtem Ungehorsam, d. h. Nichterscheinen oder Weigerung, ist die zwangsweise Vorführung und die Zwangshaft nicht zuläßig;

c) die Geldstrafe bei wiederholtem Ungehorsam kann bis zu 600 Mark gesteigert werden.

Man hielt körperlichen Zwang behufs Erlangung einer geistigen Arbeit für unangemessen (vgl. Nordd. Prot. S. 1115), hat aber andrerseits die Geldstrafe für den Rückfall geschärft. Im Uebrigen kommen die §§ 345, 351—355 auch hier zur Anwendung; ebenso der § 365. Vgl. § 367. Insonderheit hindert also der Verzicht der Parteien auf die Vernehmung nicht die Anwendung des Abs. 1 (vgl. § 345 Anm. 1, Obermeyer a. a. O. S. 129).

Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 8). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

2) Abs. 1: Der zweite Satz statt des Passus „welche bei wiederholtem Ungehorsam verdoppelt werden kann" hinter „Mark" beruht auf einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. Becker, während von anderer Seite erfolglos beantragt worden war, das Wort „verdoppelt" durch „erneuert" zu ersetzen.

— „noch einmal" — also nicht auch zum dritten 2c. Male, wie der Entw. beabsichtigte. Vgl. § 345 Anm. 2.

3) Abs. 2: Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 535). § 346 gilt auch hier, wie in zweiter Lesung der RTK. ausdrücklich konstatirt ist. Ist eine begründete Entschuldigung nicht zugelassen, so ist deswegen die Beschwerde zuläßig (Puchelt II S. 208, Obermeyer a. a. O. S. 130 Anm. 97). Vgl. §§ 365, 367.

4) Abs. 3: vgl. §§ 343 Anm. 2, 3, 345 Anm. 4. Wegen des etwa konkurrirenden militärischen Delikts (der Nichtbefolgung eines dienstlichen Befehls) kann das Militärgericht auch Haft festsetzen; nur soweit es sich lediglich um einen Verstoß gegen § 374 handelt, ist dasselbe an die in Abs. 1 bestimmte Strafe gebunden, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bemerkte.

§ 375. Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

N. Entw. § 551. Entw. I. § 345. Entw. II. § 356. Entw. III. § 362. Mot. S. 260, 261. Prot. S. 149, 150.

---

§ 375.

Vgl. StrPO. § 79.

1) Abs. 1: — „wenn nicht — verzichten" — vgl. § 356 Anm. 4. Der Verzicht auf die Beeidigung bindet das Gericht unbedingt, gleichviel ob der Sachverständige auf Grund eines Vorschlags bzw. einer Einigung der Parteien (§ 369 Abs. 3, 4) oder von Amtswegen (§ 135 Abs. 1) vernommen wird (s. § 135 Abs. 2, Gaupp II S. 317, Obermeyer a. a. O. S. 158 u. A. A. M. Endemann II S. 256).

Da § 358 nicht für Sachverständige gilt, so müssen die daselbst Nr. 3, 4 bezeichneten Personen, wenn sie ausnahmsweise zu Sachverständigen ernannt werden — bei den Nr. 1, 2 das. genannten fällt solches von selbst weg — auch ohne Antrag beeidigt werden, sofern nicht darauf von den Parteien ausdrücklich oder nach § 267 verzichtet wird (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 256).

Wegen Verzichts auf die Vernehmung gilt § 364. Das Gericht kann ungeachtet eines solchen Verzichts nach § 135 die Vernehmung anordnen (N. E. § 557).

2) — „vor Erstattung des Gutachtens" — Der promissorische Eid ist hier nicht blos, wie in § 356, als Regel, sondern unbedingt vorgeschrieben. Jeder Sachverständige ist einzeln zu beeidigen (§§ 356, 367).

Bei schriftlicher Begutachtung ist keine Ausnahme gemacht; indessen wird die Beeidigung der Niederlegung (§ 376 Abs. 1) immerhin folgen können, sofern der Sachverständige in einer der Beeidigung folgenden protokollarischen Erklärung auf das von ihm erstattete Gutachten, dieses anerkennend, Bezug nimmt (vgl. Sarwey I S. 542, Hellmann II S. 268, 270. A. M.: Obermeyer a. a. O. S. 154, 157, Gaupp II S. 316, Petersen § 375 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 2, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.). Die Beeidigung kann in diesem Falle auch ohne die Voraussetzungen des § 340 einem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen werden, wie von einem Reg.-Vertreter in der RTK. konstatirt ist. Vgl. § 376 Anm. 2. (A. M.: Hellmann II S. 270, Seuffert Anm. 3 a. E., A. Förster Anm. 4 u. A.)

Ein Urtheil, welches auf dem Gutachten eines gar nicht oder nur als Zeuge beeidigten Sachverständigen beruht, unterliegt — abgesehen vom Verzicht der Parteien — der Vernichtung (RG. VI S. 1). Dagegen bedürfen umgekehrt die Angaben eines Sachverständigen über die in solcher Eigenschaft gemachten Wahrnehmungen nicht der Bekräftigung durch einen Zeugeneid, sondern werden durch den Sachverständigeneid gedeckt (RG. IX S. 378, 379, RG. i. Str.S. IV S. 232).

Ueber das Verfahren bei der Eidesabnahme s. § 440. Wegen des Dolmetschereides s. GVG. § 191.

3) Abs. 2: Daß die vor Gericht oder der sonst zuständigen Behörde erfolgte allgemeine Beeidigung für Gutachten der betreffenden Art (vgl. § 369 Abs. 2), z. B. preuß. Kreisphysiker innerhalb ihres Amtsbezirks (RG. i. Str. S. III S. 321), die spezielle Beeidigung ersetzt, diese mithin nicht dem Ermessen des Gerichts unterliegt (Petersen § 375 Nr. 2, Sarwey a. a. O., Gaupp II S. 317, Obermeyer a. a. O. S. 158, jetzt auch Seuffert Anm. 5 u. A. A. M. Hellmann II S. 269), war bereits allgemein geltendes Recht; vgl. auch GVG. § 191 Abs. 2.

Die „Berufung auf den geleisteten Eid" ist identisch mit der „Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid" (StrGB. § 155 Nr. 2 a. E.). Sie muß ebenfalls regelmäßig

§ 376. Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.

N. Entw. § 553. Entw. I. § 346. Entw. II. § 357. Entw. III. § 363. Mot. S. 261. Prot. S. 150.

---

dem Gutachten vorangehen (s. Anm. 2; vgl. auch Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 5. A. M.: RG. i. StrS. I S. 350, A. Förster Anm. 7). Die Verweisung auf den Eid durch den Vorsitzenden genügt dagegen nicht (s. RG. IX S. 375, RG. i. StrS. III S. 102, 326). Wegen einer anderen Berufung auf einen früheren Eid s. §§ 363 Abs. 3, 367, 377 Abs. 1.

4) Wegen Strafbarkeit des Meineids vgl. StrGB. §§ 154, 155, 157, 158, 163.

§ 376.

Vgl. StrPO. § 80.

1) Abs. 1: „Wird schriftliche Begutachtung angeordnet" — durch das Prozeßgericht oder durch den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter. Während der Code de proc. art. 317 seq. nur die schriftliche Form des Gutachtens kennt, stellt § 376 diese und die mündliche Form in das Ermessen des Gerichts. [Empfohlen wird die erstere Form des Kostenpunkts halber und mit Rücksicht auf § 165 Abs. 2 d. GVG. bei der Zuziehung von Sachverständigen, welche in einem anderen Bundesstaate wohnen, durch d. allg. Verfügung d. preuß. Justiz-Min. v. 10. Juli 1884 (JMBl. S. 161).] Die Beifügung von Gründen wird regelmäßig erforderlich sein und kann von dem Gerichte stets verlangt werden (vgl. Abs. 2), ist aber nicht (wie nach Hann. PO. § 277, Bayer. PO. Art. 445, Württ. PO. Art. 518 ꝛc.) unbedingt vorgeschrieben, „da in einzelnen Fällen, z. B. bei der Abschätzung beweglicher Sachen, nach der Natur der Dinge eine Begründung des Gutachtens nicht nothwendig, unter Umständen kaum ausführbar sein würde (Mot. z. P. E. S. 114)". Vgl. § 377.

2) Daß das Gericht den Sachverständigen von dem Gegenstande der Begutachtung und der zu beantwortenden Fragen in Kenntniß zu setzen hat (N. E. § 552), folgt aus entsprechender Anwendung der §§ 342 Abs. 2 Nr. 2 und 361 Abs. 1. Hierbei ist eine Mittheilung der zur Information des Sachverständigen dienenden Aktenstücke (N. E. a. a. O.) sowie die Ertheilung einer Instruktion unter Zuziehung der Parteien (Hann. PO. § 276 Nr. 1) nicht ausgeschlossen; sie hängt vom Ermessen des Gerichts ab. Da sie einen Theil der Beweisaufnahme bildet, so kann sie auch dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter überlassen werden (vgl. § 370). [Vgl. auch Petersen § 376 Nr. 2, Endemann II S. 256 u. A.; Obermeyer a. a. O. S. 150 verlangt, abgesehen von §§ 340, 370, stets mündliche Verhandlung; desgl. Seuffert Anm. 2 a. E., Gaupp II S. 318.]

3) Die Frage, ob abweichend von § 359 mehrere Sachverständige ihr Gutachten gemeinsam abgeben können, kann zweifelhaft sein (mit Rücksicht auf § 367), da eine bezügliche ausdrückliche Vorschrift (N. E. § 554) nicht aufgenommen ist. Die Mot. (S. 259) betrachten es indessen als selbstverständlich, daß darüber das Ermessen des Gerichts entscheidet, und in der That entspricht dies dem grundsätzlichen Standpunkte (s. d. allg. Bem. z. Tit. 8). [Ebenso Seuffert Anm. 1, Siebenhaar S. 403, Endemann II S. 257, Petersen § 376 Nr. 3, Sarwey I S. 543, Gaupp II S. 319, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 3, RG. VIII S. 343 (auch für mündliche Gutachten) u. A. A. M.: Puchelt II S. 211, Hellmann II S. 258, 259 u. Lehrb. S. 567, v. Bülow Anm. 1, Obermeyer a. a. O. S. 154, 155, Kleiner II S. 350 (für mündliche Gutachten).]

4) — „so hat — niederzulegen" — Die Zulassung der schriftlichen Form bedingt zugleich eine Abweichung von dem Grundsatze der §§ 320, 340 sowie von den Formen des Verfahrens in den §§ 342, 343, 358—362, welche sonst nach § 367 auch auf den Sachverständigenbeweis Anwendung finden. (A. M.: Gaupp II S. 318, Kleiner II S. 349 u. A.) Die bloße Beeidigung des schriftlich gehörten Sachverständigen fällt nicht unter jenen Grund-

§ 377. Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

N. Entw. § 555. **Entw. I. § 347. Entw. II. § 358. Entw. III. § 364. Mot. — Prot. S. 150, 151.**

---

satz, welcher sich auf die Beweisaufnahme bezieht (vgl. § 375 Anm. 2). In der Niederlegung (Einsendung) liegt die Erstattung des Gutachtens; protokollarische Ueberreichung und Anerkennung ist nicht erforderlich (s. auch Endemann II S. 257, Sarwey II S. 543, Gaupp II S. 320 u. A.) und ebensowenig ein kurzes Protokoll des Gerichtsschreibers über die Hinterlegung bzw. den Eingang oder Versicherung der Richtigkeit auf den geleisteten Eid (RG. IX S. 375), letzteres jedoch abgesehen von Fällen des § 375 Abs. 2.

Der Inhalt des schriftlichen Gutachtens, welches die Parteien einsehen oder sich abschriftlich mittheilen lassen können (§ 271), ist von denselben bei der mündlichen Verhandlung vorzutragen (§ 258). [Vgl. auch Puchelt II S. 211, Endemann II S. 258, Gaupp II S. 320 u. A. A. M.: Hellmann II S. 271, Obermeyer a. a. O. S. 154, 163.]

5) Abs. 2 enthält eine Kombination der mündlichen und der schriftlichen Form, welche gleichfalls von dem Ermessen des Gerichts abhängig ist („kann“).

6) Wegen der Feststellung der Aussagen zu Protokoll vgl. §§ 146 Nr. 3, 147.

§ 377.

Vgl. StrPO. § 83.

1) In Bezug auf die richterliche Würdigung der Gutachten gilt ohne Einschränkung der Grundsatz des § 259; das Gericht ist selbst an das einstimmige Gutachten aller Sachverständigen nicht gebunden und nicht verpflichtet, bei eintretendem Widerspruch einen Obmann zuzuziehen. (So auch Obermeyer a. a. O. S. 177 ff., 195, 197, Birkmeyer a. a. O. S. 516, Petersen §§ 369, 370 Nr. 1, § 377 Anm., Seuffert Anm. 1). Ebensowenig ist es genöthigt, bei Quantitäten für den Durchschnitt zu entscheiden (vgl. Wetzell S. 534, Preuß. AGO. II, 6 § 6); sondern auch in dieser Hinsicht kommt es zunächst auf die besseren Gründe an (vgl. Obermeyer a. a. O. S. 198 ff.). Ist aber das Gericht nicht im Stande, auf Grund der erfolgten Begutachtung eine Entscheidung zu treffen, so kann es nach § 377 eine neue Begutachtung anordnen. § 377 enthält eine Ergänzung der §§ 363, 365.

2) Abs. 1: „Das Gericht“ — nämlich das Prozeßgericht (welches über das Resultat des Gutachtens zu entscheiden hat).

— „kann“ — d. h. nach Ermessen (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 68).

— „durch andere Sachverständige“ — Hinsichtlich der Auswahl s. § 369. Auch im Falle einer Einigung über bestimmte Personen (§ 369 Abs. 4) gilt Abs. 1 (vgl. § 369 Anm. 5; s. auch Seuffert Anm. 2).

— „wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet“ — Hierunter ist auch der Fall zu begreifen, wenn der Richter sich bei widersprechenden Gutachten kein Urtheil bilden kann, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bemerkte. Der Antrag, die Worte: „oder wenn zwischen mehreren Gutachten ein Widerspruch besteht“ hinzuzufügen, ist daher von der RTK. abgelehnt. Auch ein Widerspruch zwischen Protokoll und Thatbestand kann das Gutachten ungenügend erscheinen lassen (RG. XIII S. 423; vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1178).

3) Auf einen richterlichen Eid kann zur Ergänzung des Gutachtens selbst nicht erkannt werden (§ 437 Anm. 1), wohl aber zur Ergänzung der thatsächlichen Unterlagen des Gutachtens. (Zustimmend Gaupp II S. 321, Petersen § 377 Anm. Vgl. auch Siebenhaar

§ 378. Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniß, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

N. Entw. § 550. Entw. I. § 348. Entw. II. § 359. Entw. III. § 365. Mot. S. 261. Prot. S. 151.

S. 407 Anm.**, Wilm. Levy Anm. 1. Weiter geht Wetzell S. 280, 293 und ihm folgend Obermeyer a. a. O. S. 207, 208.) Wegen eidlicher Schätzung durch den Beweisführer s. § 260 Anm. 7.

4) Abs. 2: — „durch einen anderen Sachverständigen" — vgl. Anm. 1.

— „nach Erstattung des Gutachtens" — Ist er schon vorher mit Erfolg abgelehnt, so kann selbstverständlich ebenfalls ein anderer Sachverständiger ernannt werden (A. M. anscheinend Puchelt II S. 212).

5) Das Gutachten einer Fachbehörde (StrPO. § 83 Abs. 3) ist nicht unbedingt ausgeschlossen. (Vgl. § 372 Anm. 2, Obermeyer a. a. O. S. 198. A. M.: Gaupp II S. 317, Wilm. Levy § 375 Anm. 2 a. E.) Obligatorisch kann jedoch die Einholung eines solchen durch die Landesgesetze nicht vorgeschrieben werden. Die betreffenden reichsgesetzlichen Bestimmungen (vgl. § 372 Anm. 2) sind durch EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten (vgl. RG. VI S. 403).

§ 378.

Vgl. StrPO. § 84.

1) — „nach Maßgabe der Gebührenordnung" — vgl. § 366 Anm. 1.

Die betreffenden Vorschriften enthält die GO. f. Z. u. S. §§ 3—11, 13—18. Wegen des Vorschusses, der Geltendmachung bzw. des Erlöschens des Gebühren-Anspruchs und der Festsetzung kommen die für Zeugen geltenden Vorschriften zur Anwendung (vgl. §§ 344, 366; GVG. § 166). Die gesetzlichen Vorschriften stehen besonderen Taxvorschriften für gewisse Arten von Sachverständigen nach (GO. § 13); z. B. für die literarischen ꝛc. Sachverständigen-Vereine (Instr. v. 12. Dezbr. 1870 § 10 — BGBl. S. 621); s. für Preußen: Ges. v. 9. März 1872 (GS. S. 265) u. Verordn. v. 17. Sept. 1876 (GS. S. 411) wegen der Medizinalbeamten, ferner Feldmesser-Regl. v. 2. März 1871 (GS. S. 101) u. Verf. v. 10. Sept. 1877 (JMBl. S. 197) und wegen der Kalkulatoren: Allg. Verf. d. Just.Min. v. 30. Sept. 1879 (JMBl. S. 391); vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 71; für Württemberg s. Gaupp II S. 323). Die Gebühren der ein für alle Mal beeidigten Sachverständigen können sich nach Uebereinkommen bestimmen (GO. § 15). Oeffentliche Beamte, welche als Sachverständige zugezogen werden, erhalten Tagegelder und Reisekosten wie bei Dienstreisen, aber nur, wenn die Zuziehung „aus Veranlassung ihres Amts" erfolgt, d. h. wenn sie über Umstände vernommen werden, welche zu ihrem amtlichen Wirkungskreise gehören oder in Ausübung des Amts in Erfahrung gebracht sind (RG. XI S. 435).

2) „Entschädigung für Zeitversäumniß" — Dieselbe ist enthalten in der nach Maßgabe der erforderlichen Zeitversäumniß unter Berücksichtigung der Erwerbsverhältnisse zu bemessenden Vergütung (s. Anm. 3).

— „der ihm verursachten Kosten" — außer den Kosten der Reise und des durch die Abwesenheit verursachten Aufwandes, welche auch einem Zeugen ersetzt werden, die Kosten der Vorbereitung des Gutachtens, der für eine Untersuchung verbrauchten Stoffe und Werkzeuge (s. GO. § 3 Abs. 3).

3) — „und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung" — Wegen der dem Sachverständigen im Gegensatz zu dem Zeugen obliegenden geistigen Arbeit erhält derselbe eine Vergütung, welche jedoch in der Regel lediglich nach der Zeitversäumniß zu bemessen ist. Nur bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen wird außerdem auf Verlangen nach dem üblichen Preise der Leistung Vergütung gewährt (GO. §§ 3, 4). Vgl. Preuß. Verordn. v. 1. Juli 1875 § 3 (GS. S. 545).

§ 379. Insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

N. Entw. § 559. Entw. I. § 349. Entw. II. § 360. Entw. III. § 366. Mot. S. 261. Prot. S. 151, 152.

Neunter Titel. **Beweis durch Urkunden.**

§ 380. Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen

---

§ 379.

1) Die Bestimmung soll außer Zweifel stellen, daß die sog. sachverständigen Zeugen wahre Zeugen sind, daß mithin auf die zum Beweise bestrittener „vergangener Thatsachen oder Zustände" stattfindende Vernehmung sachkundiger Personen, z. B. von Aerzten über wahrgenommene Krankheitserscheinungen, die Vorschriften über den Zeugenbeweis [einschließlich des Zeugeneides; vgl. jedoch § 375 Anm. 2 (Wahrnehmungen zum Zwecke des Gutachtens), RG. IX S. 379, RG. i. StrS. II S. 157, 389, IV S. 231] nicht blos prinzipiell, wie nach § 367, sondern unbedingt zur Anwendung kommen. Es ist hier an solche Wahrnehmungen gedacht, welche nicht ohne technisch geschärfte Sinne gemacht werden konnten, z. B. Schätzungen nach nicht mehr wahrzunehmenden Momenten (OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 69), und zwar nicht blos in ähnlichen Fällen, sondern über Thatsachen oder Zustände, welche unmittelbar erheblich sind (vgl. auch RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 156). Diejenigen, welche derartige Wahrnehmungen bekunden sollen, anders zu behandeln als gewöhnliche Zeugen, ist in der That kein Grund vorhanden, da sie nicht blos die wahrnehmende Thätigkeit des Gerichts unterstützen, sondern über Thatsachen aussagen, welche das Gericht nicht wahrgenommen hat (vgl. Wetzell S. 529, Renaud S. 290, 314, Seuffert Anm. 1, Siebenhaar S. 399 ff., Heusler a. a. O. S. 246, RG. IX S. 324 u. A.). Zur Beseitigung von Kontroversen ist der innere Unterschied gegenüber wirklichen Sachverständigen ausdrücklich hervorgehoben (wie in Württ. PO. Art. 500, H. E. § 351, N. E. § 559). Soweit ein solcher Zeuge aus seinen Wahrnehmungen technische Schlüsse ziehen soll, wird er freilich zum wirklichen Sachverständigen und muß als solcher beeidigt werden, widrigenfalls diese Schlüsse nicht zu beachten sind (vgl. Obermeyer a. a. O. S. 60 ff., John, StrPO. I S. 690 ff., RG. VI S. 3, RG. i. Str. S. I S. 400. A. M. RG. i. Str. S. III S. 101, wonach der Zeugeneid auch den Sachverständigeneid decken soll). Beide Funktionen werden sich daher häufig vereinigen, und die Grenze bleibt nicht immer leicht zu erkennen.

2) Wird nach den Umständen des Falles eine zunächst als Zeuge vernommene Person später noch als Sachverständiger aufgestellt und verhört, also darüber, was sie aus den beobachteten Thatsachen folgere, so kommen hierauf die §§ 368—378 zur Anwendung (wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. anerkannte); sie wird also doppelt beeidigt. Hiernach beantwortet sich auch die in der GO. nicht entschiedene Frage, ob die Gebühr der sachverständigen Zeugen nach § 378 oder nach § 366 zu bemessen ist (Prot. S. 101, 152, RG. in Blum, Urth. u. Anm. III S. 275, Seuffert Anm. 2 a. E., Puchelt II S. 212, Wilm. Levy Anm. 1). Hat der Sachverständige lediglich seine Wahrnehmung zu bekunden, so erhält er nur die Zeugengebühr (s. auch Uebel I S. 355 Anm. 2).

Neunter Titel.

1) Der Begriff der Urkunden wird hier ebenfalls (wie oben der von Zeugen und Sachverständigen) als bekannt vorausgesetzt. (Vgl. Wetzell S. 221, Renaud S. 317 und die das. angeführte Literatur; v. Kries i. d. Zeitschr. f. d. ges. Str. R. Wiss. VI S. 148 ff. nimmt mit Unrecht für die CPO. eine doppelte Bedeutung des Ausdrucks an, je nachdem sie

Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

N. Entw. §§ 560, 561. Entw. I. § 350. Entw. II. § 361. Entw. III. § 367. Mot. S. 261–265. Prot. S. 152–155, 160, 161.

„Beweisurkunden" oder „Solemnitätsurkunden" seien, während doch auch die letzteren zugleich zum Beweise dienen und im Prozeßrecht nur in dieser Eigenschaft in Betracht kommen.) Im weiteren Sinne fallen darunter alle „einen Gedanken körperlich darstellenden Zeichen", im engeren Sinne nur die einen Gedankenausdruck wiedergebenden Schriften (documenta, instrumenta). Die Urkunden sind stets Beweismittel; aber auch der Inhalt kann Beweismittel sein (s. §§ 261 bis 263 Anm. 3, Bähr in Jhering 2c., Jahrb. f. d. Dogm. N. F. II S. 27; etwas abweichend Heusler im civ. Arch. 62 S. 226, 227 und gegen diesen Wendt das. 63 S. 307 ff.; s. auch v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 320, 333 ff., Meves im Rechtslex. III s. v. „Urkunden", Hinschius das. s. v. „Urkundenbeweis", Förster (Eccius) I § 40 S. 211, Hellmann, Lehrb. S. 528).

Nur von schriftlichen Urkunden ist in diesem Titel die Rede. Die Würdigung anderer Urkunden, z. B. Denkmäler, Kerbhölzer, Marken, Siegel u. dgl. m. (Preuß. ALR. I 16 § 124, AGO. I 10 § 164, Code civ. art. 1333, Bayer. PO. Art. 394, 395, Württ. PO. Art. 568), fällt lediglich unter den Grundsatz des § 259.

2) Von der Beweiskraft der schriftlichen Urkunden handeln die §§ 380—384 (vgl. auch §§ 400, 409); den Echtheits-Beweis regeln die §§ 402—408. Die übrigen Vorschriften beziehen sich hauptsächlich auf das Verfahren, die §§ 386—389 insonderheit auf die Vorlegung (Edition). Wegen Antretung des Urkundenbeweises s. §§ 385, 386, 393, 397.

§§ 380–383.

Die CPO. unterscheidet einerseits „öffentliche Urkunden" (§§ 380, 382, 383, 400, 402, 403) und „Privaturkunden" (§§ 76, 381, 404, 405), andererseits Urkunden über „Erklärungen" (§§ 380, 381), Urkunden, welche amtliche Anordnungen 2c. enthalten (§ 382), und Urkunden anderen Inhalts (§ 383). Dagegen kennt sie keinen Unterschied zwischen Urkunden über Willenserklärungen (rechtliche Dispositionen, überhaupt „Willenserklärungen von juristischem Belang") und solchen Urkunden, welche sonstige Erklärungen enthalten (Geständnisse nachtheiliger Thatsachen und Zeugnisse — vgl. Wetzell S. 222 ff.), weil dieser Unterschied nur auf die sog. „materielle Beweiskraft" von Einfluß ist.

In dieser Beziehung führen die Mot. aus:

a) In dem Falle, wenn die Urkunde eine Willenserklärung enthalte, sei dieselbe Träger einer rechtlichen Disposition.

> „Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, kann das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geleugnet werden; vielmehr hat die dispositive Urkunde in Betreff des Rechtsgeschäfts nicht blos gegen den Aussteller und diejenigen, welche dessen Erklärungen anerkennen müssen (Preuß. AGO. I 10 § 158 c, Code civ. art. 1322), sondern gegen Jedermann beweisende Kraft. Der Entwurf hat — abweichend von Württ. PO. Art. 529, Bayer. PO. Art. 355, P. E. § 431, H. E. § 371, N. E. § 562 — Anstand genommen, diesem rationellen und von der neueren gemeinrechtlichen Doktrin mit großer Schärfe entwickelten Satze durch eine besondere Vorschrift im Gesetze Ausdruck zu geben. — Es ist angenommen worden, daß der Satz auch ohne gesetzliche Feststellung zur Anwendung gelangen wird."

Die Formulirung des Grundsatzes im Gesetze sei bedenklich wegen der sonst unerläßlichen, aber in den Bereich des bürgerlichen Rechts fallenden gleichzeitigen Regelung der Frage nach der Anfechtung der rechtlichen Disposition selbst und nach der Wirkung der letzteren auf die Rechte Dritter.

---

b) Die Aufnahme der Bestimmungen des H. G. §§ 371 Abs. 1, 372 und des N. G. §§ 563, 564 über schriftlich fixirte Geständnisse einer Thatsache (vgl. auch Entw. I § 352) sei unangemessen.

„Der Entwurf hat keine Veranlassung, eine allgemeine Theorie über die materielle Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse aufzustellen. Er mußte sich daher auch besonderer Vorschriften über die schriftlich fixirten außergerichtlichen Geständnisse enthalten, da es an einem ausreichenden inneren Grunde fehlt, Geständnisse verschieden zu behandeln, je nachdem sie durch Urkunden oder durch Zeugen bewiesen werden. Sodann greifen die Bestimmungen des § 564 d. N. G. (Anfechtung des Geständnisses nur wegen Irrthums) in die schwierige und kontroverse Lehre von der Anerkennung und dem Anerkennungsvertrage ein (vgl. auch Wach in Krit. Vierteljahrsschrift XIV S. 369). So wünschenswerth es auch sein mag, diese Materie einheitlich zu regeln (vgl. Verh. des 8. D. Juristentags I S. 683 ff., II S. 94 ff., 321 und des 9. D. Juristentags II S. 426 ff., III S. 64 ff., 343, 344), so kann es doch jedenfalls nicht die Aufgabe der CPO. sein, eine solche Regelung vorzunehmen. Unter allen Umständen würde die Regelung des Gegenstandes seinem ganzen Umfange nach erfolgen müssen, das Herausgreifen einzelner Fragen, wie es im § 564 d. N. G. geschehen, ist nicht gerathen, weil wegen der Schwierigkeit, die für einzelne Fragen getroffenen Lösungen in das Wesen der verschiedenen Civilrechte hineinzupassen, mit Nothwendigkeit eine ergiebige Quelle von Mißverständnissen und Kontroversen eröffnet werden würde. Uebrigens konnte der Entw. die Vorschrift des § 563 d. N. G. (das Geständniß begründet vollen Beweis der Thatsache gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger), um so unbedenklicher fallen lassen, als darauf zu rechnen ist, daß die in jener Vorschrift liegende rationelle Beweisregel in der Theorie und Praxis auch ohne gesetzliche Fixirung Anerkennung finden werde."

[Vgl. §§ 261—263 Anm. 3, 278 Anm. 1, Hann. Prot. VII S. 2401 ff., XV S. 5721 ff., XVI S. 6362 ff., 6615, Nordd. Prot. S. 772, 773, 921 ff., RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 118.]

Die CPO. will also in der Hauptsache nur über die lediglich durch die Echtheit (s. §§ 402—408 Anm.) und Unversehrtheit (§ 384) bedingte formelle Beweiskraft der Urkunden Bestimmung treffen, d. h. darüber, inwiefern eine Urkunde unter gewissen formellen Voraussetzungen ihren Inhalt beweist; dagegen überläßt sie die von dem Inhalt derselben (Willenserklärung, Geständniß oder Zeugniß) abhängige, also mit der Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts zusammenhängende rechtliche Wirkung im Prozesse, die freilich gleichfalls die Echtheit voraussetzende (s. v. Canstein a. a. O. S. 344 Anm. 47) sog. materielle Beweiskraft — sowohl für als gegen den Aussteller — der Wissenschaft. Nur hinsichtlich der öffentlichen Zeugnisse ist auch die materielle Beweiskraft positiv bestimmt (s. § 383 Anm. 1). [Vgl. Schultze in Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 229 ff., Wernz in Hauser, Zeitschr. f. Reichsrecht 2c. III S. 366 ff., Fitting § 52, S. 182 ff., Heusler a. a. O. S. 296 ff., wo manche Bedenken gegen die Folgerichtigkeit der aufgenommenen Vorschriften erhoben werden.] Soweit nicht in diesen Bestimmungen oder an anderen Stellen (vgl. z. B. §§ 150, 153, 181, 185, 285 2c.) positive Beweisregeln gegeben sind, gilt auch rücksichtlich der Urkunden freie Beweiswürdigung (§ 259 Abs. 2). [Vgl. Erythropel in Bödiker, Mag. I S. 106 ff., Hellmann, Lehrb. S. 532.] So namentlich hinsichtlich der Frage, inwieweit eine Urkunde für den Aussteller beweist. (Ueber manche Ausnahme von der Regel „scriptura pro scribente non probat" vgl. Hellmann II S. 278.)

§ 380.

1) § 380 behandelt den praktisch wichtigsten Fall des Urkundenbeweises, nämlich die von einer öffentlichen Behörde oder einer Urkundsperson über die vor ihr abgegebenen Erklärungen errichteten Urkunden. Ob jene dem Inlande oder Auslande angehören, ist nur hinsichtlich des Echtheitsbeweises erheblich (s. Anm. 9). Der Ausdruck „Erklärungen" ist ganz allgemein; er umfaßt Rechtsgeschäfte, Geständnisse, Zeugnisse jeder Art. Auch Zeugnisse in einem anderen Prozesse können als Urkundenbeweis benutzt werden (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 354, Hellmann, Lehrb. S. 542). § 380 entscheidet nichts über die materielle Be-

deutung dieser Erklärungen, sondern legt nur positiv dem Zeugnisse der errichtenden Behörde oder Urkundsperson, daß die Erklärung abgegeben sei, im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs volle Beweiskraft bei. Die Fassung des Entwurfs:

— „vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge. Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zuläſsig"

ließ dies im Unklaren und rief daher in der RTK. verschiedene Amendements hervor. Schließlich einigte man sich über den Gedanken, gegen die durch die öffentliche Urkunde bezeugten Thatsachen, daß die betreffende Erklärung abgegeben, daß sie von der bestimmten Person, an dem bestimmten Ort, zur bestimmten Zeit abgegeben sei, Gegenbeweis (s. § 255 Anm. 4) zuzulassen, und billigte die von der Redaktions-Kommission vorgelegte jetzige Formulirung. (Vgl. auch Endemann II S. 267—269.)

Das Prinzip des § 380 ist hiernach nicht verschieden von dem des § 383 Abs. 1. Zu den zurückgezogenen Amendements gehört indessen auch ein Vorschlag (des Abg. Bähr), die §§ 380 und 383 dahin zu vereinigen:

„Urkunden begründen vollen Beweis der von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugten Thatsachen"

(folgt § 383 Abs. 2, 3),

welchem Vorschlage gegenüber von dem Vertreter der Reichsregierung auf die Verschiedenheit hinsichtlich des Gegenbeweises hingewiesen worden war (vgl. § 383 Abs. 2).

2) Unter einer „öffentlichen Behörde" versteht man im Allgemeinen nach der treffenden Definition des preuß. Obertribunals (Entsch. 49 S. 160) „eine mit öffentlicher Autorität versehene amtliche Stelle, welcher gewisse obrigkeitliche Verpflichtungen und Prärogative in einem vom Gesetze bemessenen Geschäftskreise dauernd beigelegt sind." Der Ausdruck „Behörde" deutet auf eine „selbständige, durch Recht und Verfassung dauernd geregelte Organisation des Amtes" (RG. i. Str. S. VIII S. 9). Das Nähere ergiebt indessen das öffentliche Recht des Reichs (s. das jährlich erscheinende „Handbuch f. d. D. Reich") und der einzelnen Bundesstaaten bzw. der ausländischen Staaten. Der Begriff ist nicht auf Reichs- und Staatsbehörden beschränkt; es gehören dahin vielmehr auch die Organe der Selbstverwaltung solcher anderen Gemeinwesen, welche öffentliche Zwecke verfolgen, z. B. in Preußen die Vertretungen der Provinzen, Bezirke, Kreise, politischen Gemeinden, die Presbyterien der Rheinischen und Westfälischen evangelischen Kirche [Just.-Min.-Bl. 1867 S. 175], die Gemeindekirchenräthe in den 6 östlichen Provinzen [Kirchengemeinde-Ordn. v. 10. Sept. 1873 §§ 22 ff. (GS. S. 417), Ges. v. 25. Mai 1874 (GS. S. 147)], die katholischen Kirchenvorstände [Ges. v. 20. Juni 1875 §§ 5 ff. (GS. S. 241)], die städtischen Sparkassen und die Kreissparkassen (s. Just.-Min.-Bl. 1882 S. 56 ff.) ꝛc. Bei Berathung des § 76 ist dieser Grundsatz in der RTK. ausdrücklich konstatirt (Prot. S. 659, 600, Beilage K z. 164. Sitzung). Vgl. § 76 Anm. 5. — „Oeffentlich anerkannte Stiftungen", welche man ebenfalls hierher ziehen wollte, sind keine „Behörden" (s. Kleiner II S. 355). Der Begriff ist nicht deutlich; es ist wohl an die Verwaltung der Stiftung gedacht; auch diese gehört aber höchstens dann hierher, wenn die Stiftung um deswillen staatlich anerkannt (genehmigt) ist, weil sie öffentliche Zwecke verfolgt (Wilm. Levy Anm. 1, S. 533). — Bei den öffentlichen Urkunden wird kein Unterschied zwischen den Urkunden der Gerichte und denen anderer Behörden (wie in Preuß. AGO. I 10 §§ 124 ff., 127 ff.) gemacht. Es kommt nur darauf an, daß die Aufnahme der Urkunden innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse liegt, welche der Behörde in den betreffenden Gesetzen beigelegt sind. Als „Behörde" erscheint hier also auch ein einzelner Beamter, der, wenngleich im Uebrigen nicht selbständig nach außen handelnd, doch zur Aufnahme und Ausstellung von öffentlichen Urkunden der vorliegenden Art berufen ist (s. § 383 Anm. 1). Bei den Reichskonsuln trifft die Eigenschaft als Behörde mit der in Anm. 3 bezeichneten zusammen.

Dergleichen Urkunden enthalten bald lediglich Erklärungen Dritter, bald solche und andere Zeugnisse nebeneinander.

Wegen telegraphischer Depeschen s. ROHG. 24 S. 335 sowie in Seuffert, Arch. 35 Nr. 170 und unten § 381 Anm. 4 a. E.

3) — „oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person" — d. h. einer solchen, welche, ohne Organ der Regierung zu sein, zur Vornahme gewisser, das öffentliche Interesse berührenden Vorgänge bestellt und zur Feststellung der innerhalb dieses Geschäftskreises gelegenen Vorgänge mit öffentlichem Glauben berufen ist. Von den Urkundspersonen der einzelnen Bundesstaaten sind hier hauptsächlich die Notare gemeint (vgl. Wetzell S. 233 ff.). Eine ähnliche Stellung haben reichsgesetzlich die Konsuln des Reichs (Ges. v. 8. Nov. 1867 §§ 16, 17 — BGBl. S. 140). Im Uebrigen bestimmt die Reichs- und die Landesgesetzgebung, welche Personen dahin gehören, also als öffentliche „Urkundspersonen" gelten. Vgl. § 383 Anm. 1, Preuß. ALR. Anh. § 145 zu I 13 § 115.

Die Handelsmäkler sind nicht Urkundspersonen in diesem Sinne. Die Beweiskraft ihrer Tagebücher und Schlußnoten unterliegt nach § 259 freier richterlicher Würdigung (s. EG. z. CPO. § 13 Nr. 2).

4) — „innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises" — Auch hierüber entscheiden die betreffenden Gesetze; vgl. z. B. wegen der Konsuln das in Anm. 3 angeführte Gesetz v. 8. Nov. 1867 § 16. Ist dieser Geschäftskreis nicht innegehalten, so fehlt die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde.

— „in der vorgeschriebenen Form aufgenommen" — Die Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze über die Form der öffentlichen Urkunden sind nicht immer von gleicher Bedeutung. Manche sind nur instruktionell gemeint, während von der Beobachtung anderer die Eigenschaft der Urkunde als einer öffentlichen abhängt. Beispiele s. RG. i. Str. S. X S. 35, Seuffert Anm. 1c, Gaupp II S. 328, A. Förster Anm. 1b. Hinsichtlich der Notariats-Urkunden in Preußen vgl. die Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845, besonders §§ 41—43 (GS. S. 487), Hann. Not.-Ordn. v. 18. Septbr. 1853, Rhein. Not.-Ordn. v. 25. April 1822 (GS. S. 109), Ges., enthaltend Bestimmungen über das Notariat, v. 8. März 1880 (GS. S. 177). Wegen der Beifügung des Siegels s. § 402 Anm. 1, Rechtspr. d. RG. i. Str. S. V S. 200 ff.

Unter den Begriff der Aufnahme fällt auch die Anerkennung des Inhalts eines als Anlage zum Protokoll übergebenen Privatschriftstücks (§§ 146 Abs. 3, 269, 270, Preuß. AGO. I 10 § 125, Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845 § 22, Hann. Not.-Ordn. § 37 ꝛc.). Die Erklärung ist hier ebenfalls vor der Behörde bezw. Urkundsperson abgegeben. (Zustimmend Endemann II S. 267 Anm. 11, Sarwey I S. 548, Gaupp II S. 329 u. A.)

5) Eine äußerlich als öffentliche auftretende Urkunde kann dennoch wegen Mangels wesentlicher Erfordernisse als beweisunkräftig angefochten werden (nicht wegen Nichtbeachtung von blos instruktionellen Vorschriften). Vgl. z. B. § 174 Anm. 1, 2; s. Dernburg, III S. 315 Anm. 18.

„Die Fassung des § 380 drückt durch die bestimmte Angabe der Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde ohne Weiteres aus, daß auch die Formgehörigkeit einer vorgelegten öffentlichen Urkunde bestritten und daß nachgewiesen werden kann, daß sie eine öffentliche Urkunde nicht sei. Der Entwurf hat diese Bestimmungen übereinstimmend mit dem H. E. u. N. E. für entbehrlich gehalten" (Mot.).

Indessen ist immerhin nicht ausgeschlossen, daß sie noch als Privaturkunde gilt (Code civ. art. 1318, Württ. PO. Art. 328, Bayer. PO. Art. 353, P. E. § 430, Seuffert § 381 Anm. 2).

6) — „vollen Beweis des — Vorganges" — Der Vorgang besteht eben in der Abgabe der Erklärung mit ihren Nebenumständen (s. Anm. 1). Was die Erklärung inhaltlich beweist und bedeutet, ist davon ganz unabhängig (s. §§ 380—383 Anm.).

7) Abs. 2: Wieweit der Gegenbeweis gegen den Inhalt einer öffentlichen Urkunde

§ 381. Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

N. Entw. § 562. Entw. I. § 351. Entw. II. § 362. Entw. III. § 368. Mot. S. 262–266. Prot. S. 155, 156.

---

zulässig ist, wird in Theorie und Praxis sehr verschieden bestimmt (vgl. Nordd. Prot. S. 764 ff.). Nach Preuß. AGO. I 10 § 126 mußte nachgewiesen werden, daß bei der Aufnahme ein Irrthum vorgefallen sei, und die Praxis neigte zu einer sehr extensiven Auslegung dieser Bestimmung (s. die Anm. bei v. Rönne, Erg. Bd. 3 und Koch, Prozeß-Ordn.) Unter Berufung auf diese Praxis erklären sich die Mot. gegen jede Beschränkung des Gegenbeweises (s. auch Entw. I § 350), wie sie z. B. N. E. § 561 enthält, und halten die Beibehaltung der Formulirung des letzteren selbst in blos exemplifikativer Richtung für gefährlich, „um die Praxis nicht irre zu leiten". Die Fassung des Entw. sei daher ganz generell, so daß der Gegenbeweis z. B. nicht nur den Irrthum der instrumentirenden Person, sondern auch den Irrthum des Erklärenden selbst zum Gegenstande haben könne. Es liegt indessen in der Natur der Sache und wird durch die von der RTK. beschlossene modifizirte Fassung (s. Anm. 1) noch schärfer ausgedrückt, daß der Beweis, die beurkundete Erklärung sei nicht abgegeben oder sei anders abgegeben, nur dann möglich ist, wenn gleichzeitig die Entstehung der unrichtigen Beurkundung aufgeklärt, wenn also eine Fälschung (vgl. StrGB. §§ 267, 271) oder ein Irrthum auf Seiten der instrumentirenden Person (in Folge mangelhaften Verstehens oder Hörens, unzureichender Verdolmetschung, ungebräuchlichen Dialekts 2c.) nachgewiesen wird. Vgl. § 263 Anm. 1, 2. [Vgl. auch Kleiner II S. 359 und im Wesentlichen Seuffert, Anm. 3 (Fälschung oder Irrthum sei „ein dem Beweise der Unrichtigkeit immanentes Moment"). A. M.: Endemann II S. 270, Gaupp II S. 330, Wilm. Levy Anm. 4 a. E., A. Förster Anm. 3, Dernburg I S. 220 u. A.] Irrthümer des Erklärenden, d. h. Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung, berühren nicht die bezeugte Thatsache, daß die Erklärung abgegeben sei, und nur auf diese Thatsache kommt es an. Die Anfechtung der materiellen Beweiskraft der Urkunde aus solchen Gründen ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. (Vgl. auch Petersen §§ 380, 381 II 3, Hellmann II S. 282, v. Bülow Anm. 2.)

Für den Gegenbeweis des Abs. 2 tritt das Prinzip der freien Beweiswürdigung (§ 259) wiederum in volle Geltung. Er kann in jeder Weise, auch durch Eideszuschiebung (§ 411), geführt werden. Entgegenstehende landesgesetzliche Vorschriften sind beseitigt (z. B. Code civ. art. 1341). Vgl. Prot. S. 642. Abweichend § 383 Abs. 2. (Vgl. auch Endemann II S. 270, 271; Wernz in Hauser, Zeitschr. I S. 368, Seuffert Anm. 3 a. E.)

Eine Beschränkung gilt im Falle des § 285.

8) Die Ausführung des Abg. Reichensperger, welcher in erster Linie statt der Bestimmungen in § 380 Abs. 2, 383 Abs. 2 den Grundsatz des französischen Rechts empfahl, wonach Gegenbeweis outre et contre le contenu des actes nur mittels (Inzident-) Fälschungsklage gebracht werden könne (vgl. Nordd. Prot. S. 770 ff., 985 ff.), eventuell sämmtliche Fälle der §§ 380—382 bezüglich des Gegenbeweises gleichzustellen vorschlug, fand in der RTK. keinen Anklang.

9) Oeffentliche Urkunden sind in der Regel in Urschrift vorzulegen (§ 400). Hinsichtlich der Echtheit s. §§ 402, 403. Nur in dieser Beziehung gilt ein Unterschied zwischen ausländischen und inländischen öffentlichen Urkunden. (So auch: Endemann II S. 271, Hellmann II S. 280 u. A.)

§ 381.

1) „Privaturkunden" sind alle Urkunden, welche nicht öffentliche sind. Die Bestimmung über deren Beweiskraft hat prinzipgemäß (vgl. §§ 380—383 Anm.) nur einen sehr beschränkten Inhalt. Es werden zunächst die Erfordernisse einer beweisenden Privaturkunde bezeichnet

(„sofern — unterzeichnet sind") und der letzteren sodann — gegen den Grundsatz des §259 — positiv volle Beweiskraft dafür beigelegt, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind, mögen dieselben an dem Rechtsstreite theilnehmen oder nicht. Nur diese Thatsache gilt also ohne Rücksicht auf den Inhalt der Erklärung, deren allgemeiner Begriff (§ 380 Anm. 1) hier wiederkehrt, als bewiesen; was letztere inhaltlich (als Geständniß, Zeugniß, Rechtsgeschäft) bedeutet und beweist, ist nicht bestimmt (s. § 380 Anm. 6). Mit anderen Worten: wer etwas unterschreibt, muß die darin enthaltene Erklärung als die seinige (seinem Willen entsprechende) anerkennen, nicht blos, was die Echtheitsfrage betrifft (§ 405 Abs. 2), sondern auch in Bezug auf den Inhalt. Dasselbe gilt von demjenigen, welcher ein sog. Blankett aus den Händen giebt, wenigstens bis zum Beweise des Mißbrauchs (vgl. Preuß. AGO. I 10 § 136), während die betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. Preuß. ALR. I 13 § 113) unberührt geblieben sind. (So auch Sarwey I S. 555, Gaupp II S. 334, Wilm. Levy § 405 Anm. 3 a. E., A. Förster § 405 Anm. 4. A. M.: Erythropel in Bödiker, Mag. I S. 107, 108, Seuffert Anm. 6.) Jener Satz ist nun freilich ziemlich selbstverständlich. § 381 wurde daher von dem Abg. Bähr in der RTK. angefochten. Letzterer wies namentlich darauf hin, daß, wenn „abgegeben" soviel bedeute als „niedergeschrieben", § 381 selbstverständlich, falls es aber bedeute „mit rechtsverbindlicher Wirkung abgegeben", unrichtig sei, da hierzu häufig noch die Einhändigung der Urkunde erforderlich bleibe. Er schlug deshalb vor, statt der §§ 381, 382 zu setzen: „Urkunden, welche einen Rechtsakt enthalten, beweisen diesen Rechtsakt nach Maßgabe der für das Zustandekommen desselben geltenden Rechtsgrundsätze." (Vgl. auch Schultze a. a. O. S. 244 ff.) Nachdem der Vertreter der Reichsregierung indessen bemerkt hatte, daß eine solche materielle Beweisregel in die CPO. nicht gehöre, indem § 381 sich mit der Rechtsfrage, wodurch schriftliche Erklärungen verbindliche Kraft zu Gunsten eines Anderen erlangen, sowie mit der dispositiven Natur der Urkunden nicht befasse, wurde § 381 unter Ablehnung des Amendements angenommen. Die Frage, welche Bedeutung die Aushändigung bzw. der Besitz der Urkunde für deren Rechtsverbindlichkeit und Beweiskraft habe, ist somit nicht berührt (vgl. N. E. § 570, Entw. I § 356, Gaupp II S. 334, Fitting § 52 Anm. 2).

Der Gegenbeweis (§ 380 Anm. 7) ist, abgesehen von der Bemängelung der Echtheit (§§ 404 ff.), hier nur als indirekter, gegen die materielle Beweiskraft, insbesondere gegen den ernstlichen Willen, die Erklärung abzugeben, gerichteter denkbar und deshalb nicht erwähnt. [S. Seuffert Anm. 6, Petersen §§ 380, 381 III 2, Endemann II S. 272, Hellmann II S. 284, 285, Sarwey I S. 554 u. A.; vgl. auch RG. VIII S. 12, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 349 ff. A. M. Wernz a. a. O. S. 367, Anm. 1. Wilm. Levy S. 539 bemängeln den Ausdruck „indirekter Gegenbeweis"; derselbe ist jedoch als prägnante Bezeichnung der Geltendmachung von Momenten, welche die materielle Beweiskraft zerstören, nicht ungeeignet; vgl. § 255 Anm. 4.] Vgl. § 382 Anm. 3. So ist z. B. in jener Richtung der Beweis zulässig, daß die Unterschrift „erschlichen" und der Inhalt der Urkunde daher in der That nicht gewollt sei (s. RG. V S. 285), aber nicht, daß der Unterzeichner die Urkunde vor der Unterschrift nicht gelesen habe (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 S. 179).

Für Testamente gelten, da sie nicht bloße Beweisurkunden sind, besondere Regeln; § 381 ist hier nicht entscheidend (RG. XII S. 315).

Wegen der Beweiskraft von Schuldscheinen und Quittungen s. EG. z. CPO. § 17.

2) Das Erforderniß der Unterschrift, d. h. der Namensunterschrift (§ 404 Abs. 2), für die positiv beweiskräftige Privaturkunde ist — wenigstens als Regel (Schultze a. a. O. S. 250 ff.) — fast in allen Gesetzgebungen Rechtens (Preuß. AGO. I 10 § 136, Code civ. art. 1320, 1322, Hann. PO. § 329 ꝛc.). Es genügt der Familienname (Wetzell S. 237), aber nur der richtige, wenn auch nicht ganz genau geschriebene (Dernburg I § 97, S. 209 läßt gegen Koch, Anm. z. ALR. I 5 § 116 selbst fremde Namen der Giltigkeit des Geschäfts nicht schaden). Der

bloße Vorname genügt in der Regel nicht (Seuffert, Arch. 4 Nr. 172). Ausnahmen gelten für solche Personen, wie Standesherren, Bischöfe &c., welche nur mit ihrem Vornamen zu unterschreiben pflegen, auch bei Korrespondenzen unter nahen Verwandten (Seuffert Anm. 3a, Petersen §§ 380, 381 III 1, Sarwey I S. 553, A. Förster Anm. 1a, Dernburg a. a. O. Anm. 6. A. M. anscheinend Endemann II S. 272 Anm. 2). Der Begriff der Unterschrift setzt voraus, daß dieselbe unter der Urkunde steht [§§ 404 Abs. 2, 405 Abs. 2, Wetzell S. 237, Förster (Eccius) I § 40 Anm. 19, S. 213, RG. II S. 344 und in Seuffert, Arch. 37 Nr. 260].

Die Unterschrift muß eine handschriftliche sein (wegen des Echtheitsbeweises; vgl. § 404); der bloße Abdruck eines Namensstempels oder eines Faksimile genügt nicht (Gaupp II S. 332, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O., A. Förster Anm. 1a, S. 668 u. A. A. M.: Dernburg I § 97, S. 209 Anm. 7 u. hinsichtlich des Faksimile Förster (Eccius) a. a. O.).

Ob auch die im Auftrage des Ausstellenden (auf Diktat oder kraft mündlichen oder schriftlichen Auftrags) niedergeschriebene Unterschrift die gleiche Wirkung hat, wie die vom Aussteller selbst herrührende (vgl. Dernburg a. a. O. S. 209. A. M.: Förster (Eccius) a. a. O., A. Förster a. a. O.) ist in § 381 nicht entschieden und beantwortet sich nach bürgerlichem Recht (vgl. z. B. ROHG. 7 S. 315, RG. im RAnz. 1881 b. Beil. 5 S. 1, RG. i. Str. S. XIII S. 6, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 41 Nr. 78, Seuffert Anm. 5 a. E. u. A.; nach gem. Recht ist die Frage zu bejahen).

3) Daß das gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen (über dessen Beschaffenheit nichts Positives verordnet ist) der Unterschrift gleichsteht, entspricht der WO. Art. 94. Vgl. auch § 405 Abs. 2. Anders, als nach § 76 Abs. 2, sind hier die landesgesetzlichen Formen derartiger Beglaubigungen zu beobachten (Nordd. Prot. S. 310); vgl. z. B. Preuß. Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845 §§ 13, 41, Hann. Not.-Ordn. v. 18. Sept. 1853 §§ 26 Nr. 4, 36 Abs. 3. Daß die Beglaubigung durch die anderweitige Feststellung der Echtheit, z. B. Anerkennung des Gegners, ersetzt wird (vgl. Schultze a. a. O. S. 342 ff.), ist nicht bestimmt (vgl. § 405 Anm. 2). Auch solche Landesgesetze, welche eine andere als die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung von Handzeichen zulassen (z. B. bei Quittungen — Preuß. ALR. I 16 §§ 93—95), haben hinsichtlich der formellen Beweiskraft keine Geltung mehr (vgl. EG. z. CPO. § 14 Abs. 1). In allen diesen Beziehungen gilt freie Beweiswürdigung, da die Beweisregel des § 381 nur für die in der dort bezeichneten Form errichteten Privaturkunden anwendbar ist. (Vgl. auch Hellmann II S. 284.) Dagegen bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gültigkeit der Verträge von Analphabeten (vgl. z. B. Preuß. ALR. I 5 §§ 172 ff.) selbstverständlich unberührt.

4) Bezüglich der nicht unterschriebenen oder nicht mittels gerichtlich oder notariell beglaubigter Handzeichen unterzeichneten Schriftstücke, z. B. Vermerke in Hausbüchern, Briefe, Notizen usw. (vgl. § 404 Abs. 2), fehlt es an einer Beweisregel (s. auch RG. II S. 416). Ihr Beweiswerth unterliegt also, wie die Mot. hervorheben, freier richterlicher Beurtheilung, wobei aber die Bedeutung als Privaturkunden, welche zum Beweise von Rechten erheblich sind, ihnen nicht abzusprechen ist (s. z. B. bezüglich der Kontrollzettel RG. i. Str. S. XI S. 183). (Treffende Beispiele s. bei v. Kries i. d. Zeitschr. f. d. ges. Str. R. Wiss. VI S. 176 ff.; vgl. auch Rechtspr. d. RG. i. Str. S. VI S. 661). Das Gleiche gilt nach Aufhebung der Art. 34 ff. des HGB. (EG. z. CPO. § 13 Nr. 2) von den Handelsbüchern (s. auch RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 260, RG. VI S. 344, RG. i. Str. S. IV S. 4).

Telegramme können nur in der beim Telegraphenamt verbleibenden Urschrift Privaturkunden im Sinne des § 381 sein [Petersen a. a. O., Sarwey I S. 554, Gaupp II S. 335, A. Förster Anm. 1b a. E. u. A.; vgl. auch § 380 Anm. 2. a. E., John, StrPO. I S. 507 ff., bes. 513, Telegr.-Ordn. f. d. D. Reich v. 13. Aug. 1880 § 6 (Centralblatt S. 560)].

5) Nicht eingeschlossen in die positive Beweisregel des 381 sind (anders als bei öffentlichen Urkunden — vgl. § 380 Anm. 1) Ort und Zeit der Ausstellung. Die CPO. hat nicht

§ 382. Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

N. Entw. § 568. Entw. I. § 354. Entw. II. § 363. Entw. III. § 369. Mot. S. 266. Prot. S. 155, 156.

§ 383. Oeffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§. 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

---

nur von dem besonderen Einregistrirungs-Verfahren des franz. Rechts [vgl. auch rheinpreuß. Ges. v. 23. April 1824 (GS. S. 80)], sondern überhaupt von positiven Bestimmungen über diesen Gegenstand (wie z. B. in N. E. § 562, Bayer. PO. Art. 358) abgesehen und überläßt alles der richterlichen Würdigung. (Vgl. H. E. § 371, Planck in Krit. Vierteljahrsschr. IV S. 268, Hann. Prot. VII S. 2441 ff., Nordd. Prot. S. 933, 934.)

6) Wegen Aufhebung einschlagender reichsgesetzlicher Beweisregeln s. EG. z. CPO. § 13 Anm. 5.

§ 382.

1) § 382 betrifft eine besondere Art der öffentlichen Urkunden, z. B. gerichtliche Urtheile (§§ 286, 288).

„Die in Uebereinstimmung mit Württ. PO. Art. 525, H. E. § 370; N. E. § 568 ertheilte Beweisregel, daß solche Urkunden vollen Beweis liefern, rechtfertigt sich dadurch, daß die Urkunde selbst in authentischer Form die amtliche Anordnung, Verfügung, Entscheidung darstellt." (Mot.)

In der RTK. wurde die Bestimmung als selbstverständlich bekämpft (vgl. § 381 Anm. 1). Die Worte „ihres Inhalts" beziehen sich nicht auf den Inhalt der betreffenden Anordnung rc., sondern auf den der Urkunde, d. h. diese beweist nur die Thatsache, daß die Anordnung seitens der darin bezeichneten Behörde zur angegebenen Zeit und am angegebenen Ort ergangen sei, wie in der RTK. konstatirt wurde.

2) — „von einer Behörde ausgestellten" — d. h. die von einer öffentlichen Behörde (§ 380 Anm. 2), nicht auch die von einer Urkundsperson (§ 380 Anm. 3) ausgestellten Urkunden.

3) Hinsichtlich des Gegenbeweises gegen die formelle Beweiskraft der Urkunde gilt hier das Gleiche wie bei der Privaturkunde; derselbe findet also nur als ein indirekter statt, welcher lediglich die materielle Beweiskraft berührt, z. B. daß ein bloßer Scherz vorliege; dergleichen Fälle sind keineswegs unerhört [s. § 381 Anm. 1 a. E., Siebenhaar S. 414 ff., Sarwey I S. 566, Kleiner II S. 367 und (sachlich übereinstimmend) Wilm.-Levy Anm. 1 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 2, Endemann II S. 275, Gaupp II S. 336, A. Förster Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 536, jedoch ohne Uebereinstimmung in den Gründen].

§ 383.

1) Dieser Paragraph betrifft die Zeugnisse, welche nach Maßgabe des Reichs- und der Landesgesetzgebung von Kollegien oder einzelnen Beamten bezw. Urkundspersonen über Gegenstände ihres Geschäftskreises unter öffentlichen Glauben auszustellen sind (vgl. §§ 380—383 Anm. a. E.), z. B. die Sitzungsprotokolle (§§ 145 ff.), Zustellungsurkunden (§ 174), Protokolle der Gerichtsvollzieher über Vollstreckungshandlungen (§ 682), Wechselproteste (WO. Art. 87 ff.), die Zeugnisse der Reichskonsuln (Ges. v. 8. Novbr. 1867 § 15), Berichte der Postboten (Post-Ges. v. 28. Oktober 1871 § 47 — RGBl. S. 347), die Standesregister und die daraus von den Standesbeamten ertheilten Auszüge (Ges. v. 6. Februar 1875 § 15 — RGBl. S. 23), die Kirchenbücher und die Auszüge aus denselben (das. § 73; vgl. Rechtspr. d. RG. i. Str. S. V S. 199 ff.), die Handelsregister (HGB. Art. 12 ff.) und die bezüglichen Atteste (Preuß. EG. z. HGB. Art. 23 § 3), die

Beruht das Zeugniß nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

N. Entw. § 569. Entw. I. § 355. Entw. II. § 364. Entw. III. § 370. Mot. S. 266. Prot. S. 152–154, 156.

Zeugnisse der Grundbuchrichter (Preuß. Grundbuchordn. §§ 119 ff.), Beglaubigung von Unterschriften seitens der Notare usw. Gerichtliche Erbbescheinigungen, welche ein Urtheil des Gerichts über die Erbeseigenschaft enthalten (s. Preuß. Ges. v. 12. März 1869 — GS. S. 473) gehören nicht hierher, sondern unter § 382 (A. M. A. Förster Anm. 1). — Die Geltung dieser Zeugnisse hängt vielfach mit dem bürgerlichen Rechte zusammen. Soweit nicht schon nach diesem (vgl. EG. z. CPO. § 16 Nr. 1) ihre Beweiskraft gesichert ist, wird ihnen hier (Abs. 1) positiv (materielle) Beweiskraft beigelegt. Es handelt sich also im Wesentlichen um eine ergänzende Vorschrift (vgl. § 380 Anm. 1—3).

2) „Oeffentliche Urkunden" — Auch hier gilt die Legaldefinition des § 380. Der Unterschied liegt lediglich in dem „anderen Inhalt", welcher höchst verschiedenartig sein kann, aber immer auf den Begriff eines amtlichen Zeugnisses hinausgeht. In der Regel und nach der Natur des Zeugnisses beschränkt sich die Beweiskraft auf Thatsachen, welche von der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen sind, weil nur diese Thatsachen von dem amtlichen Glauben gedeckt werden. Nicht darunter fallen Berichte der Behörden in Vertragsverhältnissen der Staatsverwaltung (RG. in D. J.-Ztg. 1883 S. 527).

Ausnahmsweise werden indessen in Abs. 3 diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten, wonach die Beweiskraft von der eigenen Wahrnehmung unabhängig gemacht ist und dieser vielmehr andere amtliche Ermittelungen gleichgestellt sind (s. z. B. Bad. Ges. v. 21. Dez. 1859 sowie für Preußen A. Förster Anm. 2). Auf eine Anfrage in der RTK., ob diese Bestimmung nicht entbehrt werden könne, erwiderte der Vertreter der Reichsregierung, daß außer den (durch das Gesetz vom 6. Febr. 1875 aufgehobenen) Vorschriften über die Beurkundung des Personenstandes Landesgesetze des in Abs. 3 bezeichneten Inhalts existirten, und daß jene Landesgesetze noch für die Vergangenheit in Betracht kämen. Vgl. auch EG. z. CPO. § 16 Nr. 2.

Wegen reichsgesetzlicher Beweisregeln dieser Art s. EG. z. CPO. § 13 Anm. 2. Vgl. auch § 185 Abs. 2.

3) Abs. 2: Der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Zeugnisses ist — anders als nach § 380 Abs. 2 — nur insoweit gestattet, als nicht die Landesgesetze Beschränkungen enthalten, mit dieser Ausnahme aber ganz allgemein (direkt und indirekt sowie durch alle Beweismittel). Hauptsächlich ist an die publica fides des Grundbuchs gedacht (vgl. Preuß. Ges. über d. Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872 §§ 9, 11, 38, 49, Grundbuchordn. § 118 ꝛc.), überhaupt an Vorschriften des bürgerlichen Rechts (vgl. Württ. PO. Art. 526), soweit diese nicht bereits durch § 16 Nr. 1 d. EG. z. CPO. gedeckt sind. Nach der Fassung des Abs. 2 („Landesgesetze") ist jedoch ein Unterschied, je nachdem die Bestimmung dem bürgerlichen Recht oder anderen Rechtszweigen angehört, nicht zu machen (vgl. Schultze a. a. O. S. 239, 240).

Selbstverständlich bezieht sich die Zulassung landesgesetzlicher Ausnahmen nicht auf solche Urkunden, deren Errichtung reichsgesetzlich geregelt und deren Bedeutung damit der Einwirkung der Landesgesetze entzogen ist (Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 3 a. E. A. M. Hellmann II S. 286 u. Lehrb. S. 536, welcher sich mit Unrecht auf die allgemeine Fassung des Abs. 2 beruft). Reichsgesetzliche Ausnahmen sind durch § 13 Abs. 1 d. EG. z. CPO. erhalten; vgl. z. B. hinsichtlich der Atteste der Standesbeamten §§ 15, 85 d. Ges. vom 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23).

Der Beweis der Unrichtigkeit kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden (s. §§ 380

§ 384. Inwiefern Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder theilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.

N. Entw. § 572. Entw. I. § 357. Entw. II. § 365. Entw. III. § 371. Mot. S. 266, 267. Prot. S. 156, 160.

§ 385. Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde.

N. Entw. § 573. Entw. I. § 358. Entw. II. § 366. Entw. III. § 372. Mot. S. 267. Prot. S. 156.

Anm. 7, 411 Anm. 2. Vgl. auch Endemann II S. 270, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Gaupp II S. 350).

4) Ueber den Gegenbeweis gegen das Sitzungsprotokoll vgl. § 150 (s. auch StrPO. § 274); gegen den Thatbestand des Urtheils s. § 285. In den Fällen der §§ 174 (Zustellungsurkunde — s. RG. V S. 374) und 682 (Vollstreckungsprotokoll des Gerichtsvollziehers) ist der Gegenbeweis nicht beschränkt. Auch im Falle des § 185 Abs. 2 gilt keine Ausnahme; vgl. § 185 Anm. 2.

§ 384.

1) Bei äußeren Mängeln der öffentlichen oder Privaturkunde, mögen dieselben bei Errichtung derselben (vgl. Preuß. Notar-Ordn. v. 11. Juli 1845 § 12) oder später entstanden sein, wird die freie richterliche Würdigung (§ 259) gewissermaßen wiederhergestellt; dieselbe erstreckt sich jedoch nur auf die Frage, welcher Einfluß den Mängeln hinsichtlich der Beweiskraft der ganzen Urkunde (bzw. des durch die Mängel betroffenen Theils, wenn dieser unwesentlich — s. v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 346) beizulegen ist. Die Unverfälschtheit („bonitas instrumenti") bedarf gewissermassen in solchen Fällen noch des Beweises (Wetzell S. 236), während sie sonst vermuthet wird. Vgl. § 405 Abs. 2. (Weiter gehen im Widerspruch mit dem Wortlaut des § 384 Endemann II S. 277, Seuffert Anm. 1, Gaupp II S. 339, Wilm.-Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 2, Petersen § 384 Nr. 1 u. A., welche die §§ 380—383 hier ganz außer Anwendung lassen wollen.)

2) Ein Antrag statt des § 384 als besonderen Paragraphen hinter § 405 hinzuzufügen:

> „Die durch die Namensunterschrift begründete Vermuthung für die Echtheit der Urkunde erstreckt sich nicht auf Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen und sonstige den ordnungsmäßigen Zusammenhang der Schrift unterbrechende Abänderungen"

wurde seitens der Regierungen bekämpft, da § 384 in seiner Stellung eine allgemeinere Bedeutung habe, und von der RTK. abgelehnt. Vgl. § 405 Anm. 3.

3) Selbstverständlich fallen genehmigte Einschaltungen usw. nicht unter § 384 (Seuffert Anm. 1 a. E., A. Förster Anm. 3, Petersen § 384 Nr. 1 a. E. u. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 1).

§ 385.

1) Die verschiedenen Arten der Antretung des Urkundenbeweises (vgl. § 255 Abs. 2) werden in den §§ 385, 386, 393, 397 je nach der Person desjenigen bestimmt, in dessen Händen sich die Urkunde befindet.

2) § 385 betrifft den regelmäßigen Fall, daß der Beweisführer selbst die Urkunde in Händen hat oder dieselbe doch ohne Mitwirkung des Gerichts beschaffen kann (§ 397 Abs. 2). Die Vorlegung (Produktion), d. h. die Vorzeigung behufs sachgemäßer Einsicht und Durchsicht seitens des Gegners und des Gerichts, erfolgt den Grundsätzen der Mündlichkeit (§ 119) und der Beweisverbindung (§§ 251—258 Anm. 3) gemäß in der mündlichen Verhandlung (§ 255). An die Vorlegung knüpft sich die Erklärungspflicht des Gegners nach § 404 (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 124, 125). Bezeichnung der beweisenden Stellen ist nicht erforderlich (Siebenhaar S. 415 Anm.*), ebensowenig, abgesehen von § 76 Abs. 1 u. § 408, Abgabe zu den Gerichtsakten. Unter den Voraussetzungen des § 399 genügt sogar das bloße Er-

§ 386. Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

N. Entw. § 574. Entw. I. § 359. Entw. II. § 367. Entw. III. § 373. Mot. S. 267. Prot. S. 156.

---

bieten zur Vorlegung. (Zustimmend Fitting § 54 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 384, 385 Anm. 1, A. Förster Anm. 2 u. A.) Ein Beweisbeschluß wird in der Regel nicht erforderlich sein. Vgl. §§ 324—327.

Wegen der Vorbereitung des Urkundenbeweises vgl. die instruktionellen Vorschriften der §§ 122, 124—126.

Wie die Beweisaufnahme hier erfolgt, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Wegen des Mündlichkeitsprinzips (§§ 119, 127 Abs. 3, 128 Abs. 2 und 3, 258 Abs. 2), ist es erforderlich, daß der Beweisführer alles dasjenige, was er von dem Inhalte der Urkunden in Betracht gezogen haben will, mündlich vorträgt. [Vgl. § 128 Anm. 2; RG. IV S. 379, VIII S. 325, 326 u. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1118, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 3. Etwas laxer giebt Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 95 ff. jenen Satz nur in dem Sinne zu, daß die Umstände, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen, von den Parteien unter Bezugnahme auf die Urkunde mündlich vorzutragen sind. A. M. v. Kräwel das. S. 175 ff., welcher schon durch die Vorlegung den wörtlichen Inhalt der Urkunde als festgestellt ansieht; ferner v. Kries a. a. O. VII S. 114 ff., der mit Unrecht (vgl. § 119 Anm. 1) das Prinzip der Mündlichkeit, welches den Vortrag des Urkundeninhalts nicht verlange, von dem der Unmittelbarkeit unterscheidet und den Akt der Beweisaufnahme ganz dem richterlichen Ermessen überläßt.] Vgl. auch § 399 Anm. 1.

3) Das Gericht kann auch von Amtswegen die Vorlegung von Urkunden anordnen (§§ 133, 134). Wegen Vorlegung der Handelsbücher s. HGB. Art. 38; wegen Bezeichnung bestimmter Stellen s. RG. I S. 423; wegen Vorlegung der Tagebücher der Handelsmäkler s. HGB. Art. 79. (Vgl. auch EG. z. CPO. § 13 Anm. 5 u. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1147.)

§§ 386—400.

Liegen die Voraussetzungen des § 385 (s. das. Anm. 2) nicht vor, so geht der Vorlegung der Urkunde ein Editionsverfahren voraus. Die §§ 386—392 handeln von der Edition durch den Gegner, die §§ 393—398 von der Edition durch Dritte. Die §§ 386—391 finden entsprechende Anwendung bei der Schriftvergleichung (§ 406 Abs. 3).

Die §§ 387, 388, 394 bestimmen die Editionspflicht; die übrigen Paragraphen betreffen das Verfahren.

§ 386.

1) Das Editionsgesuch ist zwar materiell eine Inzidentklage. Prozessualisch aber ist das Editionsverfahren gegen den Prozeßgegner von der CPO. als ein Theil des Hauptverfahrens behandelt; es beginnt also mit dem in der mündlichen Hauptverhandlung zu stellenden Antrage (vgl. §§ 128, 255, 256, 269), von dessen Vorbereitung das Gewöhnliche gilt (vgl. Norddb. Prot. S. 946 ff.). Der Antrag darf mit der Klage, Vernehmlassung 2c. verbunden werden, ist aber selbstverständlich bei der mündlichen Verhandlung zu wiederholen (vgl. §§ 230 Abs. 4, *244, 245 in Verbindung mit § 121 Nr. 5). Ueber die Erfordernisse des Antrags vgl. § 389. Ueber das weitere Verfahren s. § 390.

2) Der bloße Nebenintervenient auf Seiten des Gegners ist außer dem Falle des § 66 als Dritter, nicht als Gegner anzusehen (vgl. § 414; Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 559, Gaupp II S. 341, Petersen §§ 393—396 Nr. 2, Francke, Nebenparteien S. 107 u. A. A. M.: RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 135, Wilm. Levy § 394 Anm. 1, Endemann II S. 280 Anm. 2, Kleiner II S. 374, A. Förster Anm. 1). Ebenso der Streitgenosse des Beweisführers mit Ausnahme der Fälle des § 59. Dagegen kann der Nebenintervenient

§ 387. Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:
1. wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;
2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

N. Entw. § 375. Entw. I. § 360. Entw. II. § 368. Entw. III. § 374. Mot. S. 267. Prot. S. 156, 553.

(auch der regelmäßige) als Vertreter der Hauptpartei einen Editionsantrag gegen den Gegner stellen; derselbe wird jedoch, abgesehen von den Fällen des § 66, unwirksam, sobald die Hauptpartei widerspricht (vgl. § 64 Anm. 1; Seuffert Anm. 1); bei einem Editionsantrage des Beweisführers gegen den Nebenintervenienten selbst erscheint Letzterer wiederum als Dritter (Wilm.-Levy § 394 Anm. 1, Petersen a. a. O., Seuffert § 393 Anm. 2 u. A.).

3) Der Antrag ist nur beschränkt zulässig in Ehesachen und überhaupt nicht in Entmündigungssachen (§§ 577 Abs. 2, 611, 620, 624, 626; vgl. § 611 Anm. 1).

§ 387.

Literatur: Demelius: Die Exhibitionspflicht. Graz 1872. Goldschmidt: Ueber Editionspflicht, insbesondere betreffend gemeinschaftliche Urkunden u. Handelsbücher, in s. Zeitschr. f. d. ges. HR. XXIX S. 341 ff. Hellmann, Lehrb. S. 543 ff.

1) Im Interesse der Rechtseinheit hat die CPO. die Voraussetzungen der Editionspflicht (Pflicht zur Vorlegung, nicht auch zur Herausgabe) im Prozesse geregelt. Gemeinrechtlich kontrovers, war die Editionspflicht nach preuß. Recht (vgl. auch Hann. PO. §§ 311, 319) in Folge der herrschenden Untersuchungsmaxime sehr weit ausgedehnt (Preuß. AGO. I 10 §§ 89 ff., Koch, Preuß. Civilproz. S. 437 ff.). Die CPO. nähert sich wiederum mehr dem Standpunkt des richtig verstandenen gemeinen Rechts, welchem eine öffentliche Pflicht zur Urkundenedition, ähnlich der Zeugnißpflicht, fremd ist (vgl. Wetzell S. 249, Nordd. Prot. S. 942 ff., v. Bülow §§ 387, 388 Anm. 1, Goldschmidt a. a. O. S. 372 ff.).

2) Nr. 1: Solche Fälle bezeichnet die Preuß. AGO. I 10 § 93 (vgl. Koch, Prozeßordn. S. 230 Anm. 8a). Es ist irgend ein besonderer Rechtstitel (Eigenthum, Besitz in juristischem Sinne, Mandat, Sozietät u. dgl., auch Delikt, wie Diebstahl usw.), sei es auf Herausgabe oder auf bloße Vorweisung (Exhibition), vorausgesetzt; ein bloßes Interesse genügt nicht. Vgl. auch § 336 Anm. 2, HGB. Art. 105, 145, 160, 265, 270 zc., Preuß. ALR. I 16 § 125 zc. (Wegen der actio ad exhibendum s. Windscheid, Pand. II § 474 Nr. 6 und andrerseits Demelius a. a. O. S. 127 ff., 250 ff., 269 ff., Goldschmidt a. a. O. S. 380, Seuffert Anm. 4a).

3) Nr. 2: Die auch gemeinrechtlich vielfach aufgestellte Kategorie der Gemeinschaftlichkeit (vgl. Linde in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. I S. 220, Bayer, Vortr. S. 859, Renaud S. 355) ist nicht identisch mit Miteigenthum im civilrechtlichen Sinne. Der Begriff ist viel weiter und erstreckt sich auf eine bloße Gemeinschaft der Interessen, wie schon in den Worten „ihrem Inhalte nach" liegt.

4) „Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere" — Zur Beseitigung von Zweifeln werden hier einige Beispiele gemeinschaftlicher Urkunden gegeben; vgl. L. 4 § 1 D. [2, 13]; L. 3 § 14 D. [10, 4]. Es genügt, daß die Urkunde nur oder zugleich im Interesse des Editionssuchers, wenn auch nicht in dem des Gegners, errichtet ist (so auch Wilm. Levy

§ 388. Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatze geschehen ist.

N. Entw. § 756. Entw. I. § 361. Entw. II. § 369. Entw. III. § 375. Mot. S. 267. Prot. S. 156, 553.

§ 389. Der Antrag soll enthalten:

Anm. 3, 4, Seuffert Anm. 5a, Gaupp II S. 342. A. M. Goldschmidt a. a. O. S. 389). Auch einseitig errichtete Urkunden können gemeinschaftlich sein (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 348). Wesentlich ist andererseits („errichtet ist", „beurkundet sind"), daß die Gemeinschaftlichkeit schon bei der Errichtung vorhanden war (Goldschmidt a. a. O. S. 393).

Daß die Privatkorrespondenz mit dem gemeinsamen Vermittler edirt werden muß, entspricht dem preuß. Recht (AGO. I 10 § 92a). Auf die Verhandlungen zwischen dem Bevollmächtigten und dem Machtgeber erstreckt sich die Editionspflicht dagegen regelmäßig nicht (Nordd. Prot. S. 945). Ob eine Quittung gemeinschaftlich ist, kann nur im einzelnen Falle beurtheilt werden; es kommt darauf an, ob der Editionssucher sie ausgestellt hat, oder sie ihm ertheilt ist (vgl. Endemann II S. 281, aber auch Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 5b, v. Holzschuher, Theorie u. Kasuistik 3. Aufl. III S. 1087, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 208).

Unter Nr. 2 fallen auch die Handelsbücher und ähnliche Bücher größerer Institute, z. B. der Sparkassen. Die Art. 37 Abs. 1, 38, 40 d. HGB. sind aufrechterhalten (EG. z. CPO. § 13 Anm. 5), aber nicht ausschließlich maßgebend (vgl. Seuffert Anm. 6b, Wilm. Levy Anm. 5. A. M. Goldschmidt a. a. O. S. 367). Ebenso ist wegen der Tagebücher der Handelsmäkler HGB. Art. 79 Abs. 1 bestehen geblieben.

Andere Fälle als die hier aufgeführten werden sich schwer konstruiren lassen (Sarwey I S. 559, Goldschmidt a. a. O. S. 390, 393 ff. u. A.). Aus der Absicht, hier den Begriff der Gemeinschaftlichkeit zur Beseitigung von Zweifeln festzustellen (s. Mot.), läßt sich dennoch nicht schließen, daß die gewählten Beispiele ausschließliche sind (s. Endemann II S. 280, Seuffert Anm. 5 a. E., Petersen a. a. O. S. 246, Gaupp II S. 342 u. A. A. M. Hellmann II S. 289, Lehrb. S. 545).

5) Die §§ 387, 388 (u. 394) finden auf andere Sachen keine entsprechende Anwendung; bezüglich dieser entscheidet ausschließlich das bürgerliche Recht (A. M. Brinkmann: D. Begründung der Klagen II S. 631 Anm. 1). Vgl. übrigens § 336 Anm. 2, §§ 393—398 Anm.

§ 388.

1) Der § 388 handelt im Gegensatz zu § 387 von der durch das Verhalten des Gegners im Prozesse bedingten Editionspflicht. Diese Ausdehnung der Editionspflicht steht im Einklang mit § 125, als dessen Konsequenz sie die Mot. bezeichnen (vgl. Nordd. Prot. S. 970, Bayer. PO. Art. 386). Vgl. §§ 364, 401. Durch die Bezugnahme in demselben Prozesse wird überdies eine gewisse Gemeinschaftlichkeit hergestellt (Seuffert Anm.), aber nicht in dem Sinne, daß darauf einseitig nicht mehr verzichtet werden kann (vgl. § 401 Anm. 2).

2) — „zur Beweisführung Bezug genommen" — Eine bloße Erwähnung genügt danach nicht; die Bezugnahme muß in der Bezeichnung als Beweismittel bestehen, sei es in der mündlichen Verhandlung (§ 255) oder in den vorbereitenden Schriftsätzen (§ 122, 125). (S. auch Nordd. Prot. S. 271, Bayer. PO. Art. 386, Fitting S. 186, Sarwey I S. 560, Hellmann II S. 290, A. Förster Anm. 1. A. M. Gaupp II S. 344.)

3) Ueber die Anwendbarkeit des § 388 gegen einen Nebenintervenienten, welcher auf eine Urkunde Bezug genommen hat, vgl. § 394 Anm. 1.

§ 389.

1) „Der Antrag soll enthalten" — Ein Schriftsatz ist nicht unbedingt erforderlich.

1. die Bezeichnung der Urkunde;
2. die Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen;
3. die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;
4. die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;
5. die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergiebt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.

N. Entw. § 577. Entw. I. § 362. Entw. II. § 370. Entw. III. § 376. Mot. S. 268, 269. Prot. S. 156, 553.

§ 390. Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und den Antrag für begründet, so ordnet es, wenn der Gegner zugesteht, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde, oder wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.

N. Entw. § 585. Entw. I. § 363. Entw. II. § 371. Entw. III. § 377. Mot. S. 268. Prot. S. 156.

Der Antrag ist mündlich zu stellen und soll durch einen Schriftsatz nur vorbereitet werden. Dagegen sind bestimmte Erfordernisse des Antrags kategorisch vorgeschrieben. Dieselben müssen sämmtlich in der mündlichen Verhandlung erfüllt werden, wenn der Antrag sich zur Berücksichtigung eignen soll.

„Die Vorschrift ist — nicht blos instruktionell, sondern imperativer Natur und hat nur deshalb die mildere Fassung erhalten müssen, weil der Antrag mittelst Schriftsatzes nicht gestellt, sondern nur vorbereitet werden soll, mithin berücksichtigt werden muß, wenn in der mündlichen Verhandlung den Erfordernissen des § 389 entsprochen wird." (Mot.)

Bei dem regelmäßigen Sprachgebrauch der CPO. („soll" im Gegensatz von „muß") hätte freilich die Redaktion deutlicher sein sollen. (Vgl. § 395 Anm. 2, Wilm. Levy § 389 Anm. 1, Siebenhaar S. 417, Endemann II S. 282, Petersen §§ 387—392 II 1, Sarwey I S. 562 u. A. A. M. Puchelt II S. 228, welcher § 389 als nur instruktionell behandelt wissen will. Auch Hellmann II S. 292 hält das Gericht für befugt, ungeachtet eines Mangels in den Erfordernissen Nr. 1—5 dem Antrage stattzugeben.)

Der schriftliche Antrag gehört zu den nach § 269 zu verlesenden. (Vgl. § 269 Anm. 1, Hellmann II S. 293. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1 a. E., A. Förster Anm. 1, Seuffert Anm. 1.)

2) Nr. 2, 3: Die Bezeichnung kann durch Beibringung einer Abschrift der Urkunde geschehen (vgl. § 392).

Nr. 4: Die Bestimmung hat für den Gegner Werth, damit dieser sich, z. B. wenn ihm der Besitz nicht bekannt ist, gehörig erklären kann (vgl. Nordd. Prot. S. 947). Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich, wie sich per arg. e contrario aus Nr. 5 und aus § 395 ergiebt (s. Seuffert Anm. 5, Endemann II S. 283, Sarwey I S. 562 u. A. A. M. Siebenhaar S. 417).

3) Nr. 5: Daß nur die Glaubhaftmachung des zu bezeichnenden Editionsgrundes (§§ 387, 388) erfordert wird, entspricht dem Charakter der summaria cognitio (vgl. Nordd. Prot. S. 944, 945). Wegen der Beweisaufnahme gilt § 266 Abs. 2 (theilweise abweichend einerseits Sarwey a. a. O., andrerseits Endemann II S. 285).

Ein besonderer Antrag auf Abnahme des Editionseides ist nicht erforderlich; derselbe liegt von selbst in dem Editionsantrage, wie die Mot. hervorheben.

§ 390.

1) Die Frage, worüber der Gegner des Editionssuchers sich zu erklären habe, erledigt sich nach allgemeinen Grundsätzen; die Verpflichtung erstreckt sich also auf alle zur Begründung des Antrags dienenden Thatsachen, einschließlich derer, welche die Editionspflicht begründen

§ 391. Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten:

daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

---

sollen (§ 129; vgl. Nordd. Prot. S. 949). Die Erklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen in der Hauptverhandlung bezw. den vorbereitenden Schriftsätzen abzugeben (§§ 121 Nr. 5, 129 Abs. 2, 3; N. E. § 584; Nordd. Prot. S. 948). Dem Zugeständniß steht die Versäumniß („wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt") gleich. Wegen späterer Versäumniß vgl. § 892.

2) Es genügt nicht, daß alle Erfordernisse des § 389 erfüllt sind; vielmehr muß außerdem die zu beweisende Thatsache (das. Nr. 2) erheblich sein, um dem Gegner die in der Edition liegende Belästigung zuzumuthen. Wird vom Gegner lediglich die Erheblichkeit bestritten, so liegt ein Zwischenstreit nicht vor. Das Gericht hat, falls es die Erheblichkeit bejaht, die Vorlegung der Urkunde mittels Beweisbeschlusses anzuordnen, im Verneinungsfalle erst in den Gründen des Endurtheils sich hierüber auszusprechen.

Steht dagegen die Erheblichkeit außer Frage, so kommt es darauf an, ob die Editionspflicht bestritten ist. Ist dies nicht der Fall, so ergeht ebenfalls eine einfache richterliche Anordnung mittels Beweisbeschlusses (§§ 323, 324) [A. M. v. Bülow Anm. 2, weil ein Beweisbeschluß ein „besonderes Beweisverfahren" voraussetze; s. aber Wilm. Levy Anm. 1], und zwar entweder auf Vorlegung der Urkunde, oder (im Falle des § 391) auf Ableistung des Editionseides [vgl. § 426 Anm. 3, Wach, Vortr. S. 91, A. Förster Anm. 2. A. M. Puchelt II S. 229 Anm. 4], ehe das Präjudiz des § 392 angewendet werden kann. Ist dagegen die Editionspflicht bestritten, so ist im Bejahungsfalle die Erlassung eines Zwischenurtheils erforderlich, welches auch die Eidesauflage umfassen kann; der besondere Beweisbeschluß ist hier eine unnütze Weitläufigkeit (s. auch Wilm. Levy § 391 Anm. 1, A. Förster § 391 Anm. 4, Gaupp II S. 348. A. M. Seuffert § 391 Anm. 1).

Auch in dem Falle, wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, ergeht die richterliche Auflage nur auf Vorlegung der Urkunde [nicht zugleich (wie nach P. E. § 447) alternativ auf Ableistung des Editionseides], und zwar, wenn über den Antrag in einem lediglich dafür bestimmten Termine verhandelt ist, durch Versäumnißzwischenurtheil (§ 312 Anm. 2, Seuffert Anm. 2, Gaupp II S. 347 u. A.), entgegengesetztenfalls auch hier entweder durch Beweisbeschluß oder durch Zwischenurtheil.

3) Die Abweisung des Editionsantrags kann durch Zwischenurtheil oder auch erst im Endurtheil erfolgen. Vgl. § 391 Anm. 5.

§ 391.

1) Abs. 1: „Bestreitet — befinde" — In diesem Falle ergeht die Anordnung (§ 390 Anm. 2) lediglich auf Ableistung des Editionseides, und zwar ohne besonderen hierauf gerichteten Antrag. [Vgl. über diesen Eid (eine Art des Reinigungseides) Wetzell S. 250 Anm. 108, Renaud S. 359. Auch hier spricht Bülow (in der § 296 Anm. 2 angef. Abh. S. 65) nur von einer Berechtigung zur Vornahme der Prozeßhandlung. Dem widerspricht aber schon der Ausdruck („hat — zu leisten").] Ein anderweiter Beweis des Besitzes (welchen z. B. Puchelt II S. 228, Uebel I S. 369 zulassen wollen) widerstrebt dem summarischen Charakter der Prozedur (s. § 389 Anm. 3; Seuffert Anm. 6, Petersen §§ 387—392 II 3, Sarwey I S. 563 u. A.).

2) Die Norm des Editionseides ist aus dem Wahrheits- bzw. Glaubenseide, dem

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, Minderjährige und Verschwender finden die Vorschriften der §§. 434—436 entsprechende Anwendung.

Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid von dem Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.

N. Entw. §§ 579—582. Entw. I. § 364. Entw. II. § 372. Entw. III. § 378. Mot. S. 268, 269. Prot. S. 156, 157.

§ 392. Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der

---

Kalumnieneide und dem Ignoranzeide gemischt. Die bestimmte Form des Wahrheitseides im gemeinen Recht (Wetzell S. 250), preuß. Recht und manchen neueren Prozeßordnungen erschien zu streng, die des bloßen Ignoranzeides wegen möglicher Reservationen bedenklich. Die Entwürfe entschieden sich daher für die Form des (im Falle des § 424 Abs. 2 nur bedingt zugelassenen) Ueberzeugungseides, behielten jedoch „zur Erleichterung der Zwecke des Editionsverfahrens" (Hann. Prot. VII S. 2491, XV S. 5571) den durch die Praxis und die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe hineingetragenen Bestandtheil bei, daß „der Editionspflichtige auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde" (vgl. § 769). Anträge auf andere Normirung sind von der RTK. abgelehnt (vgl. auch Nordd. Prot. S. 949 ff.). Uebrigens ist die Norm des § 391 Abs. 1 nach der von einem Regierungsvertreter in der RTK. gegebenen Auslegung, welche in dem von der Redaktions-Kommission der RTK. eingeschalteten Abs. 2 Ausdruck gefunden hat, nicht als starre, unabänderliche Formel zu betrachten, sondern von dem Richter den konkreten Verhältnissen anzupassen.

— „abhanden gebracht" — statt „sich entäußert" (Entw. I), um auch ein Verbrennen, Verschlucken u. dgl. einzuschließen (Wilm. Levy Anm. 2).

3) Abs. 3: „Streitgenossen" — vgl. § 58 Anm. 1. — „gesetzliche Vertreter" — vgl. § 50 Anm. 2. „Minderjährige und Verschwender" — vgl. § 51 Anm. 4.

4) Abs. 4: — „öffentliche Behörde" — vgl. § 380 Anm. 2. Ob die Behörde Partei im engeren Sinne (s. § 19 Anm. 4) oder gesetzlicher Vertreter ist, kommt nicht in Betracht. Die Vorschrift, wonach nicht der gesetzliche Vertreter, sondern der Verwahrungsbeamte zu schwören hat, ist aus dem preuß. Recht (AGO. I 10 § 97) übernommen (anders N. E. § 580). Sind mehrere Beamten (Registratoren, Archivare ꝛc.) bestellt, so müssen auf Verlangen in der Regel alle schwören. (A. M. Kleiner II S. 382, welcher nur den Archivvorstand schwören lassen will.) Die Behörde hat dieselben zu bezeichnen. Indessen wird § 436 entsprechend anzuwenden sein (s. Abs. 3).

5) Wegen des Verfahrens bei der Abnahme des Eides s. §§ 440—446. Die Folgen der Ableistung des Eides (Verlust der Urkunde als Beweismittel) können durch Zwischenurtheil oder in den Gründen des Endurtheils ausgesprochen werden (Eck im Rechtslex. I S. 584 s. v. „Editionseid". A. M.: Seuffert Anm. 6, Puchelt II S. 230).

§ 392.

1) Die Entwürfe hatten das Präjudiz „in wesentlicher Uebereinstimmung mit Art. 37 d. HGB. und den neueren Prozeßgesetzen" nach dem Vorbilde der Preuß. AGO. I 10 § 100 dahin formulirt:

„— richtig und, wenn eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht ist, die Thatsache als bewiesen anzusehen, welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden soll" (vgl. N. E. § 587, Nordd. Prot. S. 952, 1123). Die jetzige Fassung beruht auf einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. Wolffson, welcher bezweckte, den § 392 mit dem weniger scharfen § 409 in Einklang zu setzen und zugleich den Eingriff in die freie Beweiswürdigung zu vermeiden. Daher die Beseitigung von Art. 37 Satz 2 d. HGB. (s. E. G. z. CPO. § 13 Anm. 5). Indessen bleibt die Abweichung in § 392 Satz 1 immerhin bestehen (vgl. § 409 Anm. 2). Ein

Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

N. Entw. § 587. Entw. I. § 365. Entw. II. § 373. Entw. III. § 379. Mot. S. 269. Prot. S. 157, 158.

§ 393. Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.

N. Entw. § 588. Entw. I. § 366. Entw. II. § 374. Entw. III. § 380. Mot. S. 269, 270. Prot. S. 159, 553, 554.

---

anderes Präjudiz s. auch in § 406 Abs. 3. Im Editionsverfahren gehen diese Bestimmungen dem § 409 vor (Puchelt II S. 248, Gaupp II S. 351, 352 u. A.). Eine Vollstreckung der Anordnung nach Maßgabe der §§ 769 ff. ist nicht zulässig (Seuffert Anm. 4).

Das Kontumazialpräjudiz, zu dessen Verwirklichung ein Antrag des Gegners nicht erforderlich ist (§ 209 Abs. 1), verwirklicht sich in der Regel erst bei der Sachentscheidung im Endurtheil, kann aber auch durch (kontradiktorisches) Zwischenurtheil über ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (§ 275 Anm. 1a) ausgesprochen werden (Seuffert Anm. 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche nur Entscheidung im Endurtheil zulassen). Ein Versäumnißurtheil, wie nach der singulären Vorschrift des § 430, wird nicht erlassen (vgl. § 312 Anm. 3). [Zustimmend Sarwey I S. 567, Gaupp II S. 351, Petersen §§ 387—392 II 4, Wilm. Levy Anm. 1, A. Förster Anm. 3 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 3, Puchelt II S. 230.] Ein Gegenbeweis gegen die auf § 392 beruhenden Annahmen („als richtig anzusehen", „als bewiesen angenommen") ist sowenig zulässig, wie gegen sonstige Nachtheile des Ungehorsams einer Partei (vgl. §§ 295, 296; s. auch Wach, Vortr. S. 189, Seuffert Anm. 2, Wilm.-Levy Anm. 3. A. M. v. Kries, Rechtsmittel S. 184.) Insbesondere ist im Falle des Satz 1 der Beweis der Ungenauigkeit der Abschrift nicht von Erheblichkeit (Dernburg I S. 216 Anm. 5). Dagegen können in zweiter Instanz nach dem Grundsatze des § 493 die Versäumnißfolgen durch Vorlegung der Urkunde aufgehoben werden (Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy a. a. O., Wach, Vortr. S. 187 u. A.).

2) — „über die Beschaffenheit" — d. h. ob öffentliche oder Privaturkunde, bzw. über die Merkmale der ersteren.

— „und den Inhalt" — Es wird also nicht direkt der Beweissatz (§ 389 Nr. 2), sondern nur die betreffende Angabe des Beweisführers (das. Nr. 3) als erwiesen angesehen. (Vgl. Nordd. Prot. S. 952, ROHG. 13 S. 340.)

Indessen tritt die Beweisregel nur in der milderen Form des Ermessens auf („können — angenommen werden"). Das Gericht ist unbehindert, trotz der Versäumniß des Gegners den Beweis zu verlangen.

3) Wird die Urkunde nur theilweise vorgelegt, so muß der Editionseid bei Vermeidung der Folgen des § 392 geleistet werden (vgl. Kleiner II S. 384).

§§ 393—398.

In diesen Bestimmungen, das Editionsverfahren gegen Dritte (vgl. über diesen Begriff § 386 Anm. 2) betreffend, tritt der prinzipielle Standpunkt der CPO. (§ 387 Anm. 1) wiederum deutlich hervor. Da die Editionspflicht als eine privatrechtliche, nicht als allgemeine staatsbürgerliche Verpflichtung behandelt ist, so ist es konsequent, daß das Editionsverfahren gegen Dritte überhaupt nicht in den Hauptprozeß hineingezogen wird, sondern in besonderem Prozesse („Zwischenstreit" in diesem Sinne, nicht Inzidentstreit) bei dem ordentlichen Richter des Editionspflichtigen anhängig zu machen ist (Bayer. PO. Art. 388, Bad. PO. §§ 696, 401, N. E. §§ 588 ff.; gegen Ausländer auch nach Preuß. AGO. I 10 § 107, Württ. PO.

§ 394. Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genöthigt werden.

N. Entw. § 590. Entw. I. § 367. Entw. II. § 375. Entw. III. § 381. Mot. S. 267–269. Prot. S. 159, 553, 554.

Art. 542). Die von dem entgegengesetzten Prinzip aus (vgl. Hann. PO. §§ 320 ff., H. E. § 385) gestellten Anträge sind von der RTK. abgelehnt.

Uebrigens regelt § 394 nur die prozessuale Editionspflicht, wird also nur unter der Voraussetzung wirksam, daß mittels der Urkunde Beweis erboten und vom Prozeßgericht zugelassen wird (vgl. § 396 Abs. 1). Für eine außerhalb eines schwebenden Hauptprozesses angestellte (präparatorische) Klage auf Vorlegung einer Urkunde ist daher ausschließlich das bürgerliche Recht maßgebend. Auch die Vorschriften der Art. 37, 40 d. HGB. begründen nur eine prozessuale Editionspflicht. [S. RG. XII S. 412 u. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 305. Vgl. auch Goldschmidt in Zeitschr. f. d. ges. HR. XXIX S. 354 ff., 367 ff., Seuffert §§ 387 Anm. 2 a. E., 394 Anm. 1 a. E.] Indessen ist der Begriff in HGB. Art. 40 auf prozeßähnliche Prozeduren erweitert (vgl. Behrend, HR. I S. 304, Wilm. Levy § 394 Anm. 3).

§ 393.

1) Anders als in § 386 charakterisirt sich der Editionsantrag hier als „ein Antrag auf Sistirung des Hauptprozesses bis zur Erledigung der gegen den Dritten zu erhebenden Editionsklage" (Mot.). Diese Sistirung bildet eine nothwendige Folge der Fristbewilligung und braucht nicht ausdrücklich beantragt zu werden. Dennoch handelt es sich um einen Theil des Beweisverfahrens, nicht um eine „Aussetzung" im technischen Sinne (§§ 223 ff.). Die von dieser handelnden Vorschriften sind also nicht analog anzuwenden. Die Fortsetzung des Verfahrens nach Ablauf der Frist erfolgt vielmehr nach den §§ 206, 335. Vgl. § 396 Abs. 2.

2) Der Antrag ist wie gewöhnlich, in der Hauptverhandlung anzubringen. Auch die Vorbereitung folgt den gewöhnlichen Regeln. Vgl. die Anm. zu §§ 386, 389, 397.

§ 394.

1) „Der Dritte ist aus denselben Gründen — verpflichtet" — Die Editionspflicht des Dritten, welche in § 394 Satz 1 ihrem Inhalte nach bestimmt ist, regelt sich also in Fällen, in welchen der Editionsantrag in einem anhängigen Hauptprozesse gestellt wird (vgl. §§ 393–398 Anm. a. E.), gleichfalls nach dem § 387. (So auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Goldschmidt a. a. O. S. 258 ff. gegen den klaren Wortlaut, die Mot. und die Entstehungsgeschichte.) Der § 388 ist nur dann anwendbar, wenn der Dritte als Nebenintervenient auf Seiten des Gegners an dem Prozesse Theil genommen hat. (Vgl. § 386 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 2, Kleiner II S. 385. A. M.: Sarwey I S. 568, Gaupp II S. 354, welche § 388 hier niemals anwenden wollen.)

2) — „nur im Wege der Klage" — d. h. im Rechtswege bei dem ordentlichen, nach allgemeinen Vorschriften zuständigen Gerichte (s. auch A. Förster Anm. 3. A. M. Wilm. Levy Anm. 4, § 397 Anm. 4 a. E., welche den Rechtsweg nicht unbedingt zulassen; vgl. §§ 393–398 Anm.). Das verurtheilende Erkenntniß ist in gewöhnlicher Weise zu vollstrecken (§§ 769 ff.), wenn der Dritte seiner Verpflichtung, sei es durch Einsendung der Urkunde an den Beweisführer oder an die Gerichtsschreiberei, sei es durch Vorlegung in dem Termine, nicht genügt (vgl. § 396 Anm. 3, § 399 in Verbindung mit § 385 Anm. 2). Der Editionseid als solcher kommt hier nicht vor.

Einen besonderen Fall regelt § 126 Abs. 2.

3) Die Vorschriften über den Umfang der Verpflichtung dritter Personen zur Vorlegung von Urkunden (§§ 387, 394) finden in Preußen nach dem AG. z. CPO. § 4 in bürgerlichen

§ 395. Zur Begründung des nach §. 393 zu stellenden Antrags hat der Beweisführer den Erfordernissen des §. 389 Nr. 1—3, 5 zu genügen und außerdem glaubhaft zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befinde.

N. Entw. § 589. Entw. I. § 367. Entw. II. § 376. Entw. III. § 382. Mot. S. 269, 270. Prot. S. 159, 553, 554.

§ 396. Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich, und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so hat das Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termine zu bestimmen.

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe der Frist beantragen, wenn die Klage gegen den Dritten erledigt ist oder wenn der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert.

N. Entw. § 592. Entw. I. § 368. Entw. II. § 377. Entw. III. § 383. Mot. S. 269, 270. Prot. S. 159, 553, 554.

Rechtsstreitigkeiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechende Anwendung.

§ 395.

1) Während nach § 389 Nr. 4 die bloße Angabe der Umstände hinsichtlich des Besitzes der Urkunde genügt, ist hier der Besitz glaubhaft zu machen, damit der Prozeß nicht ohne hinreichenden Grund sistirt werde. Im Uebrigen gelten die Erfordernisse des § 389.

2) — „hat der Beweisführer — zu genügen" — bezeichnet deutlicher dasjenige, was in § 389 durch „Der Antrag soll enthalten" ausgedrückt werden soll (s. das. Anm. 1).

§ 396.

1) Dieser Paragraph soll Verschleppungen des Hauptprozesses vorbeugen. Er beruht auf dem Prinzip des § 321.

2) Abs. 1: Die Voraussetzungen, unter welchen dem Antrage stattzugeben ist, entsprechen in der Hauptsache denen des § 390 („Erachtet — begründet"). Da der Antrag hier indessen mehr formelle als materielle Bedeutung hat, so ist statt „begründet" gesetzt: „den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend". Das Zugeständniß des Besitzes ersetzt selbstverständlich die in § 395 erforderte Glaubhaftmachung. Im Uebrigen kommt es auf die Erklärung (und also auch auf die Versäumniß) des Gegners nicht an. Es fehlen daher die in § 390 enthaltenen Worte: „wenn der Gegner zugesteht — nicht erklärt".

Wegen Zurückweisung des nach Erlassung eines Beweisbeschlusses gestellten Editionsantrags s. § 398.

Eine entsprechende Anwendung des § 396 kommt bei der Schriftvergleichung vor (§ 406 Abs. 4).

3) — „so hat — bestimmen" — Anders als im Falle des § 390 richtet sich hier der „Beweisbeschluß" (s. Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 569, Hellmann II S. 298 u. A. M.: Puchelt II S. 233, welcher auch das hier praktisch nutzlose Zwischenurtheil zulassen will, und v. Bülow Anm. 1, welcher auch hier [vgl. § 390 Anm. 2] gegen den Ausdruck „Beweisbeschluß" polemisirt und einfach von „Verfügung" spricht) auf eine bloße Fristbestimmung. Die Ladung zu dem innerhalb der Frist (welche durch Einreichung der Urkunde beim Gerichtsschreiber gewahrt wird — s. §§ 122—125) zu erwirkenden Termine, in welchem nach Erledigung der Editionsklage die Vorlegung der Urkunde erfolgen soll, erfolgt abweichend von dem in der Beweisinstanz geltenden Offizialprinzip (s. §§ 326—335 Anm. 1) durch den Beweisführer nach den §§ 191 ff. (vgl. § 329 Anm. 4, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 674 ff.). — Eine Ver-

§ 397. Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mittheilung der Urkunde zu ersuchen.

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen im Stande sind, keine Anwendung.

Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mittheilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf §. 387 gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§. 393—396 Anwendung.

N. Entw. §§ 593, 594. Entw. I. § 369. Entw. II. § 378. Entw. III. § 384. Mot. S. 270. Prot. S. 159, 160, 553, 554.

---

längerung der (richterlichen) Frist kann nach Maßgabe der §§ 202, 203 erfolgen. Bei fruchtlosem Ablaufe tritt die Folge des § 321 ein, und der Gegner kann unbedingt (im Gegensatz des Abs. 2) die Fortsetzung des Verfahrens beantragen. (Vgl. § 321 Anm. 2, 3.)

Eine Abweisung des Antrages kann durch Zwischenurtheil oder auch in den Gründen des Endurtheils erfolgen; vgl. § 390 Anm. 3. [A. M. Sarwey I S. 569, welcher Zwischenurtheil oder Verfügung (soll wohl heißen „Beschluß") zuläßt, wiewohl hier stets eine eigentliche Entscheidung getroffen wird.]

4) Abs. 2: — „die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe der Frist beantragen" — indem er den Beweisführer zur mündlichen Verhandlung ladet. Werden die Voraussetzungen begründet befunden, und wird demzufolge die Fortsetzung beschlossen, so ist der Editionsantrag erledigt. Eine eigentliche Präklusion für die Instanz wird freilich nicht stattfinden, da die Beweisantretung — abgesehen von §§ 256 Abs. 2, 398 — in gleicher Weise wiederholt und die Urkunde immer noch bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, nachgebracht werden kann.

5) — „erledigt" — sei es zu Gunsten oder zu Ungunsten des Beweisführers, durch Urtheil oder auf andere Weise.

— „verzögert" — sei es absichtlich oder kulposer Weise.

Die Erledigung sowohl wie die Verzögerung ist selbstverständlich vom Gegner des Beweisführers nachzuweisen.

§ 397.

1) Das Editionsverfahren gegen öffentliche Behörden oder öffentliche Beamte, welche nicht Prozeßgegner sind, erscheint als eine besondere Art des Editionsverfahrens gegen Dritte. Auch der Fiskus ist nach der CPO. weder bevorzugt [L. 3 D. de edendo (2, 13), L. 2 §§ 1, 2 D. de jure fisci (49, 14)] noch benachtheiligt. Eine gewisse Mitwirkung des Richters ex nobili officio ist hier alte Praxis. Zur Antretung des Beweises ist daher nicht ein nach §§ 389, 395 substantiirter Antrag, sondern ein formloser Antrag auf Erlaß einer entsprechenden Requisition erfordert, welche den allgemeinen Erfordernissen der Beweisantretung nach § 255 entsprechen muß und selbstverständlich Erheblichkeit des Beweissatzes voraussetzt. Die Erlassung des Ersuchungsschreibens wird durch Beweisbeschluß (§ 324) angeordnet und durch den Vorsitzenden von Amtswegen bewirkt (vgl. §§ 185, 327, 328). Wird dem Ersuchen ohne Weiteres genügt, so hat der Gerichtsschreiber nach Analogie des § 327 die Parteien von dem Eingange zu benachrichtigen. Die Vorlegung erfolgt alsdann bei der nächsten mündlichen Verhandlung bzw. nach § 399.

— „die Urkunde" — gleichviel, ob eine einzelne Urkunde, oder ganze Akten. In letzterem Falle sind jedoch die Schriftstücke, auf welche es ankommt, möglichst genau zu bezeichnen. [Vgl. Gutachten des preuß. OTr. v. 18. Jan. 1841 (JMBl. 1843 S. 113 ff.), Verf. des preuß. Just.-Min. v. 26. Juni 1847 (JMBl. S. 188), Koch, Preuß. Civilproz. S. 440, A. Förster Anm. 2. Weiter gehen unter Bezugnahme auf die „allgemeine Praxis" Wilm. Levy Anm. 2.]

§ 398. Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§. 393, 397 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 379. Entw. III. § 385. Mot. S. 270. Prot. S. 160.

Die in Abs. 2 enthaltene Ausnahme von jener richterlichen Mitwirkung richtet sich gegen eine namentlich in der preuß Praxis bemerkte allzuweite Ausdehnung des nobile officium (vgl. P. E. § 261, Nordd. Prot. S. 319, 320). Die „gesetzlichen Vorschriften" sind namentlich die der Landesgesetze, wonach Notare, Grundbuchbehörden ꝛc. Ausfertigungen, Abschriften, Auszüge ꝛc. auf Antrag zu ertheilen verpflichtet sind. Vgl. § 385 Anm. 2. Wird in derartigen Fällen die Mittheilung mit Unrecht verweigert, so ist ein Antrag nach § 393 erforderlich. (A. M. Sarwey I S. 571, welcher den § 397 Abs. 1 anwenden will.)

Ueber den Begriff der „öffentlichen Behörde" vgl. § 380 Anm. 2. „Oeffentlicher Beamter" ist hier ein einzelner Beamter, welcher entweder Mitglied einer öffentlichen Behörde ist oder für sich allein öffentliche Funktionen ausübt, die nicht unter den Begriff der Funktionen einer Behörde fallen, z. B. ein Notar, ein Gerichtsvollzieher. Vgl. § 341 Anm. 1.

Ob das ersuchende Gericht demselben oder einem anderen Bundesstaate angehört, ist unerheblich (GVG. § 169).

Eine Anwendung des § 397 s. in § 406 Abs. 2.

2) Wird die Requisition etwa mit Bezug auf das Amtsgeheimniß abgelehnt, so fragt es sich, ob eine privatrechtliche Editionspflicht nach §§ 387, 394 zu begründen ist. Daß in diesem Falle das gewöhnliche Editionsverfahren gegen Dritte einschließlich jener Grundsätze über die Editionspflicht Anwendung finde, ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann durch Hinzufügung des Abs. 3 außer Zweifel gestellt. Es ist demnach auch eine neue Beweisantretung nach den §§ 393, 395 erforderlich. Sofern dagegen eine privatrechtliche, durch Klage erzwingbare (s. §§ 393—398 Anm., § 394 Anm. 2) Editionspflicht nicht vorliegt, bleibt dem Editionsucher, welcher Seitens des Gerichts von der Weigerung zu benachrichtigen ist, die Beschreitung des Beschwerdeweges nach Maßgabe des Landesverfassungs- bzw. Verwaltungsrechts überlassen (N. E. § 593 Abs. 2). [Vgl. Gutachten des preuß. OTr. v. 18. Jan. 1841 (JMBl. 1843 S. 113) und die Anm. in den Erg. u. Erl. von Koch und v. Rönne zur Preuß. AGO. I 10 § 92a; Bayer. AG. z. CPO. u. KO. Art. 3.]

> „Kann dagegen auf Grund des § 394 die Vorlegung der Urkunde nicht verlangt werden, so ist die Befugniß der Behörde und des Beamten, die vom Prozeßgerichte nachgesuchte Mittheilung der Urkunde zu verweigern, sowie die Frage, ob und auf welchem Wege bei unbegründetem Widerspruche die Mittheilung erzwungen werden kann, nach den für die Behörde und den Beamten maßgebenden Gesetzen zu beurtheilen (Nordd. Prot. S. 961, 964, 965)." (Mot.)

3) — „in welchen — auf § 387 gestützt wird" — § 388 ist nicht angezogen; indessen ist es wohl nicht die Absicht gewesen, in diesem, der Natur der Sache nach übrigens nur selten vorkommenden Falle (s. § 394 Anm. 1) die Anwendung der §§ 393—396 auszuschließen (s. auch Puchelt II S. 234).

4) Wegen Zurückweisung der nach Erlassung eines Beweisbeschlusses gestellten Anträge s. § 398.

§ 398.

Der Grundsatz des § 339 ist hier auf Editionsanträge in den Fällen der §§ 393, 397 angewendet. Auf den Fall des § 386 ist derselbe nicht ausgedehnt, „da das Editionsverfahren wider den Gegner die Erledigung des Prozesses nicht erheblich verzögern kann" (Mot.).

Die Voraussetzungen sind hier dieselben wie in § 339.

§ 399. Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.

N. Entw. § 595. Entw. I. § 370. Entw. II. § 380. Entw. III. § 386. Mot. S. 270. Prot. S. 160.

§ 400. Eine öffentliche Urkunde kann in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen, daß

---

§ 399.

1) Die Beweisaufnahme beginnt beim Urkundenbeweise mit der Vorlegung der Urkunde, fällt also unter Umständen zum Theil mit der Antretung zusammen (vgl. § 385 Anm. 2). In der Regel erfolgt dieselbe bei der mündlichen Verhandlung (§ 320). Ausnahmsweise wird jedoch in § 399 die Vorlegung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter unter gewissen Voraussetzungen gestattet. Die stets nur auf Grund mündlicher Verhandlung zuläßige Anordnung ist unanfechtbar (§ 320 Abs. 2). Daß die Handelsbücher bzw. Tagebücher der Handelsmäkler sich nicht im Bezirke des Prozeßgerichts befinden, ist kein Hinderniß mehr (Art. 39 u. 79 Abs. 2 d. HGB. sind aufgehoben — s. EG. z. CPO. § 13 Anm. 5). Die Bestimmung bezieht sich ebensowohl auf den Fall des § 385 als auf die Editionsfälle.

2) — „wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann“ — z. B., wenn umfängliche Aktenbände oder Handelsbücher, vielleicht unter Zuziehung von Sachverständigen, durchzusehen sind. Vgl. § 340 Anm. 4. Die Ausdrücke sind allerdings hier schärfer als in § 340 Nr. 2 und nähern sich mehr der Nr. 3 das. Indessen ist die Frage doch wesentlich nach Zweckmäßigkeitsrücksichten im einzelnen Falle zu lösen. Ein Antrag der Parteien auf diese Form der Vorlegung, welche stets dem Ermessen des Gerichts anheimgegeben ist („kann“), ist nicht erforderlich. Wohl aber wird es Sache des Dritten sein, dieselbe anzuregen, wenn er der Zwangsvollstreckung entgehen will (vgl. § 394 Anm. 2).

3) Die vorgelegten Urkunden sind in der Regel (Ausnahme s. in §§ 133 Abs. 2, 408) sogleich zurückzugeben. Der beauftragte und ersuchte Richter wird daher den Inhalt bzw. das Ergebniß der Vorlegung (z. B. hinsichtlich der Beschaffenheit der Urkunde (vgl. § 384), der ordnungsmäßigen Führung der Bücher 2c.) in dem aufzunehmenden Protokolle verzeichnen oder eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten müssen. (Zustimmend Seuffert Anm. 4, Sarwey I S. 571, Hellmann II S. 302 u. A. Vgl. auch Puchelt II S. 236.)

4) — „einem anderen Gerichte“ — im Inlande nur einem Amtsgerichte (s. GVG. § 158). Vgl. § 320 Anm. 2.

§ 400.

1) Abweichend vom franz. Recht (Code civ. art. 1334) ist nicht schlechterdings die Vorlegung der Urschrift erforderlich. Vielmehr ist die Frage nach dem Vorbilde neuerer Gesetzgebungen (Württ. PO. Art. 548, Bayer. PO. Art. 367 2c.) dem Ermessen des Gerichts überlassen. Die Anordnung kann auch, wie die Mot. hervorheben, von Amtswegen getroffen werden (A. M. v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. StrR. Wiss. VI S. 186). Anlaß ist dazu jedoch nur vorhanden, wenn der Gegner die Echtheit bestreitet. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß und kann nur mittels der Berufung gegen das Endurtheil, nicht mittels der Beschwerde, deren Voraussetzungen (s. § 530) nicht vorliegen, angefochten werden. Das Präjudiz ist minder scharf als nach H. E. § 394, indem es nicht das Beweismittel an sich, sondern nur die Beweiskraft der beglaubigten Abschrift, also die gesetzliche Beweisregel trifft. Abgesehen von diesem Falle hat die beglaubigte Abschrift der öffentlichen Urkunde dieselbe Beweiskraft wie die Urschrift (was gemeinrechtlich nicht unbestritten war — Wetzell S. 247, Renaud S. 349 ff.). Auf

der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

N. Entw. § 596. Entw. I. § 371. Entw. II. § 381. Entw. III. § 387. Mot. S. 270, 271. Prot. S. 160.

Privaturkunden findet die Vorschrift keine Anwendung. Die Beweiskraft beglaubigter Abschriften derselben unterliegt also freier richterlicher Prüfung (§ 259). Auch beglaubigte Abschriften einer beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde haben nicht die Beweiskraft der Urschrift (Koch, Preuß. Civilproz. S. 451).

Was Urschrift (Original, Ausfertigung oder Konzept — s. Koch a. a. O. S. 450 ff.) oder Abschrift ist, richtet sich nach den betreffenden Reichs- oder Landesgesetzen. Vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. § 51. (Die §§ 16 ff., 40 d. Preuß. Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845 unterscheiden „Urschriften" und „Ausfertigungen", §§ 18 ff. d. Hann. Not.-Ordn. v. 18. Sept. 1853 „Originalprotokolle" und „Ausfertigungen".) Bei den Urkunden des § 382 ist die Ausfertigung Urschrift; so auch bei den (eine „Entscheidung" im Sinne des § 382 enthaltenden) Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen. (Vgl. §§ 156, 286, 288, 294; Puchelt II S. 237, Gaupp II S. 363, Wilm. Levy Anm. 2, A. Förster Anm. 1 a. E. A. M. Petersen § 400 Nr. 1 a. E.) Ob die beglaubigte Abschrift von einer Ausfertigung oder von einer „Urschrift" im engeren Sinne genommen, ist unerheblich.

Ueber die Beweiskraft archivalischer Urkunden ꝛc. (Wetzell S. 236, Preuß. AGO. I 10 § 124) ist nichts Besonderes bestimmt. Sie unterliegt freier Würdigung. Dasselbe gilt von den sog. referirenden Urkunden; das aus Nov. 119 c. 3 abgeleitete Rechtssprichwort „Referens sine relato nil probat" geht zu weit (Wetzell S. 247 ff., Preuß. AGO. I 10 § 113).

2) — „welche hinsichtlich der Beglaubigung — an sich trägt" — vgl. §§ 380, 383. Wer zur Beglaubigung befugt ist, und in welcher Form die Beglaubigung zu geschehen hat, richtet sich mithin nach dem Landesrechte. Für Preußen s. AGO. II 3 § 28, III 7 § 81, Kab.-Ord. v. 6. Nov. 1834 (GS. S. 180), Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845 §§ 17, 20, 23, Hann. Not.-Ordn. v. 18. Sept. 1853 §§ 20, 47. Besondere Vorschriften enthalten die §§ 156 Abs. 2, 173 Abs. 3, 179.

„Bleibt die Anordnung erfolglos" — d. h. wird ohne genügenden Entschuldigungsgrund die Urschrift nicht vorgelegt. Macht der Beweisführer dagegen Hinderungsgründe glaubhaft, z. B. den Untergang der Urkunde, so ist die beglaubigte Abschrift beweisend. (Unbegründete Bedenken gegen die Entscheidung nach freier Ueberzeugung des Gerichts macht v. Kries a. a. O. S. 187 ff. geltend.)

3) Bezüglich des Instituts der sog. Exemplifikation oder Renovation vgl. § 231 Anm. 4.

4) Wegen der in fremder Sprache abgefaßten Urkunden vgl. § 133 Abs. 3. Die dort gestattete Anordnung ist rein fakultativ. Wird derselben nicht Folge geleistet, so ist das Gericht nicht verpflichtet, die Urkunde zu berücksichtigen. Vgl. GVG. § 186 Anm. 1.

5) Daß unter Umständen Auszüge aus der Urkunde genügen, wie § 122 Abs. 2 instruktionell für die vorbereitenden Schriftsätze bestimmt, ist nicht ausgeschlossen.

> „Besondere Vorschriften über eine theilweise Vorlegung der Urkunden für den Fall, daß der Inhalt nur zum Theil relevant ist (z. B. Preuß. AGO. I 10 §§ 99, 103, Hann. PO. § 315, Württ. PO. Art. 549, 550) sind im Interesse der Vermeidung kasuistischer Bestimmungen nicht aufgenommen" (Mot.).

Inwiefern — abgesehen von besonderen Vorschriften [z. B. HGB. Art. 38, 40 (s. E. G. z. CPO. § 13 Anm. 5), Preuß. Grundbuchordn. §§ 39, 50] — solche Auszüge die Vorlegung der ganzen Urkunde entbehrlich machen, unterliegt freier richterlicher Würdigung.

§ 401. Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.

N. Entw. § 599. Entw. I. § 372. Entw. II. § 382. Entw. III. § 388. Mot. S. 257. Prot. S. 160.

§ 402. Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermuthung der Echtheit für sich.

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

N. Entw. § 601. Entw. I. § 373. Entw. II. § 383. Entw. III. § 389. Mot. S. 271. Prot. S. 160.

---

§ 401.

1) Vgl. § 364. Der Satz bezieht sich auf die Produktion („documenta per productionem fiunt communia") wie auf die Edition. Der einseitige Verzicht kann den Einfluß der Vorlegung auf die richterliche Ueberzeugung nicht mehr verhindern. Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei hat diese Wirkung nicht. (Vgl. Wetzell S. 252 Anm. 4; Nordd. Prot. S. 970, 971.) Jedoch bleibt dem Gericht überlassen, die Vorlegung ungeachtet des Verzichts von Amtswegen anzuordnen (§§ 133, 134).

2) Die bloße Bezugnahme schließt den einseitigen Verzicht noch nicht aus, während andererseits der Gegner trotz des letzteren die Edition auf Grund des § 388 verlangen kann, nicht aber in Fällen, in welchen ein Dritter die Urkunde besitzt (vgl. § 394 Anm. 1). Ein Widerspruch zwischen § 388 und § 401 ist daher nicht anzuerkennen (vgl. § 388 Anm. 2; Seuffert Anm., Petersen § 401 Anm., Sarwey I S. 574, Gaupp II S. 365, Hellmann, Lehrb. S. 545, 546 u. A. A. M.: Uebel I S. 375, v. Canstein, Grundlagen S. 21).

§§ 402—408.

Die Echtheit der Urkunden (veritas instrumenti), d. h. die Gewißheit des angegebenen Ursprungs, ist die wesentliche Voraussetzung der Beweiskraft (vgl. §§ 380—383 Anm., v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 343 ff.). Dazu ist nicht nothwendig, daß die Urkunde von der als Aussteller bezeichneten Person von Anfang bis zu Ende geschrieben ist, sondern es kommt auf die Namensschrift an, die, wenn sie nicht in den Kontext, sondern an das Ende gesetzt wird, zugleich den Abschluß der Urkunde bezeugt. Steht die Echtheit im Ganzen fest, so wird die Unverfälschtheit des Inhalts (bonitas instrumenti) vermuthet, wenn nicht Durchstreichungen ꝛc. (§ 384) vorliegen (vgl. § 405 Abs. 2; Wetzell S. 236, 237).

Die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann Gegenstand eines besonderen Prozesses sein (§ 231). Hauptsächlich tritt dieselbe aber als Inzident- oder Präjudizialpunkt beim Urkundenbeweise auf. In dieser Eigenschaft wird sie hier behandelt. Die Feststellung der Echtheit ist eine andere bei öffentlichen Urkunden als bei Privaturkunden. Von dem ersteren Falle handeln die §§ 402, 403, von dem letzteren die §§ 403—405; auf beide beziehen sich die §§ 406—408.

§ 402.

1) Die aus dem N. E. übernommene Vorschrift stellt eine „Vermuthung", d. h. Rechtsvermuthung (praesumtio juris — s. Anm. 2), für die Echtheit solcher Urkunden auf, welche „nach Form und Inhalt" (in qualitate producta) als öffentliche Urkunden sich darstellen (Nordd. Prot. S. 973—976). Die äußeren Merkmale der Echtheit ersetzen hier die bei Privaturkunden erforderliche Anerkennung seitens des Prozeßgegners (§ 404). Welcher Art jene äußeren Merkmale sein müssen, ist (trotz Art. 4 Nr. 12 der Reichsverfassung) nicht allgemein vorgeschrieben, es kommt also auf das Landesrecht an. Die Beifügung der Ausfertigungsklausel, des Amtssiegels, der Zeit und des Orts der Ausstellung (außer der Unterschrift) — s. Wetzell S. 238, 239 — ist nicht unbedingt erforderlich. Auch braucht nicht nothwendig aus Form und

§ 403. Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.

N. Entw. § 602. Entw. I. § 374. Entw. II. § 384. Entw. III. § 390. Mot. S. 271. Prot. S. 160.

Inhalt hervorzugehen, daß die Urkunde innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse der Behörde bzw. des der Urkundsperson zugewiesenen Geschäftskreises (§ 380) errichtet sei. Vielmehr genügt es, daß die öffentliche Eigenschaft des Ausstellers als solchen gekennzeichnet ist („als — errichtet"). [Zustimmend Seuffert Anm. 2; vgl. Sarwey I S. 575.]

— „öffentlichen Behörde oder — Person" — des Inlandes (im Gegensatz zum § 403). Im Uebrigen vgl. § 380 Anm. 2, 3.

2) Der Prozeßgegner kann die Merkmale der Echtheit bemängeln und damit die Vermuthung zu entkräften suchen. Der Beweis der Unechtheit kann durch alle Beweismittel geführt werden. Nach Abs. 2 ist die Vermuthung aber überhaupt in ihrer bindenden Bedeutung insofern abgeschwächt, als das Gericht bei sich darbietenden Zweifeln auch von Amtswegen nachforschen kann, selbst wenn es sich nicht um einen der überhaupt von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (Prozeßfähigkeit, Prozeßlegitimation ꝛc.) handelt (vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 46, Wilm. Levy Anm. 3, A. Förster Anm. 2. A. M. Seuffert Anm. 4, welcher voraussetzt, daß die Echtheit bestritten sei). Indessen wird die Vermuthung dadurch noch nicht zu einer bloß thatsächlichen (praes. facti) herabgedrückt (s. jetzt auch Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3). Das Gericht ist, abgesehen von der Befugniß des Abs. 2, gebunden. Vgl. auch § 405 Abs. 2. Die verlangte Erklärung darf nicht verweigert werden.

Eine öffentliche Urkunde ist falsch, wenn der Name des Ausstellers mit dessen Genehmigung von einem Dritten geschrieben ist (RG. i. Str.S. IV S. 69).

3) Der Legalisationszwang, welcher für das Gebiet des Civilprozesses schon als durch § 403 beseitigt anzusehen ist, ist allgemein in Bezug auf inländische öffentliche Urkunden aufgehoben durch § 1 des Ges., betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89). [Vgl. über dieses Gesetz Hauser in s. Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht IV S. 309 ff.]

§ 403.

1) Abs. 1: Der Grundsatz des § 402 paßt nicht auf ausländische öffentliche Urkunden.

> „Bei ausländischen öffentlichen Urkunden läßt sich eine Vermuthung der Echtheit in gleicher Weise, wie bei inländischen nicht aufstellen, weil die äußeren Merkmale der Echtheit und die hierauf sich beziehenden Einrichtungen des Auslandes dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden" (Mot.).

Es entscheidet vielmehr das Ermessen des Gerichts nach den Umständen des Falls, also in thatsächlicher Beziehung die freie Beweiswürdigung; in rechtlicher Beziehung vgl. § 265.

2) Die Worte „nach Form und Inhalt" und „öffentlichen" vor „Behörde" in § 402 Abs. 1 fehlen hier; auch die Fragen, in welcher Weise sich die ausländische Urkunde als öffentliche kennzeichnet, und welche Behörden zur Ausstellung solcher berufen sind, unterliegt also richterlichem Ermessen.

3) Abs. 2 nimmt aushülfsweise das Institut der diplomatischen Legalisation auf, ohne dieselbe unbedingt vorzuschreiben („genügt"). Dieselbe zu beschaffen, ist Sache des Beweisführers.

> „Ein stets ausreichendes Mittel zur Feststellung der Echtheit ist, falls der Richter einen besonderen Beweis für erforderlich hält, die diplomatische Beglaubigung, welche durch einen Gesandten oder Konsul des deutschen Reichs erfolgt, wodurch zugleich die Zuständigkeit der ausländischen Behörde oder Urkundsperson zur Gewißheit gebracht wird" (Mot.).

§ 404. Ueber die Echtheit einer Privaturkunde hat sich der Gegner des Beweisführers nach Vorschrift des §. 129 zu erklären.

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

N. Entw. §§ 603, 604. Entw. I. § 375. Entw. II. § 385. Entw. III. § 391. Mot. S. 271, 272. Prot. S. 160.

Der Inhalt des Abs. 2 ist durch § 2 des Ges. v. 1. Mai 1878 (vgl. § 402 Anm. 3) über das Gebiet des Civilprozesses hinaus ausgedehnt, aber nicht geändert worden. Vgl. Reichsverfassung Art. 4 Nr. 12, Konsulats-Ges. v. 8. Novbr. 1867 § 14 (BGBl. S. 137), Ges., betr. die Konsulargerichtsbarkeit, v. 1. Juli 1879 § 12 Abs. 2 (RGBl. S. 197). Der Gegenbeweis (§ 402 Anm. 2) ist selbstverständlich auch hier gestattet (s. Endemann II S. 299, Gaupp II S. 368, Seuffert Anm. 2, Hellmann II S. 306, Petersen §§ 401—404 II 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 2; auch Kleiner II S. 400 will nur den Beweis der Fälschung der Legalisation zulassen).

Auch die Gesandten einzelner Bundesstaaten bleiben nach wie vor zur Legalisation befugt (Nordd. Prot. S. 977). Freilich hat dieselbe nicht die Anwendung der Beweisregel des Abs. 2 bzw. § 2 d. Ges. v. 1. Mai 1878 zur Folge. (Zustimmend Gaupp II S. 368, Seuffert Anm. 2 a. E., Petersen a. a. O. u. A. Vgl. auch Hauser a. a. O. S. 314.)

§ 404.

1) Abs. 1: Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß die Thatsache der Echtheit einer ausdrücklichen Behauptung des Beweisführers nicht bedarf, und die Erklärung ohne besondere Aufforderung des Beweisführers oder des Gerichts (abgesehen vom amtsgerichtlichen Verfahren — § 468) abzugeben (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 124), aber auch im Falle des § 129 Abs. 3 „mit Nichtwissen" zulässig ist (Nordd. Prot. S. 977, 978). Vorausgesetzt ist die Vorlegung der Urschrift. Wegen der Vorbereitung vgl. §§ 122, 125, 126.

— „der Gegner des Beweisführers" — gleichviel, in welchem Verhältnisse er zu dem Aussteller steht (s. §§ 380—383 Anm.).

Wegen des Zeitpunkts der Erklärung s. §§ 129 Anm. 2, 385 Anm. 2. Das Präjudiz tritt erst am Schlusse der dem betreffenden Urtheil unmittelbar vorangehenden Verhandlung ein, nicht schon bei der Verhandlung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 399). [Vgl. Sarwey I S. 576, Gaupp II S. 370, Hellmann II S. 308, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A.] Ueber die Folgen der Anerkennung s. §§ 261—263.

2) Abs. 2: Die Bestimmung ist eine Konsequenz von § 405 Abs. 2. Die Fassung „Befindet sich 2c." ergiebt zugleich, daß Abs. 1 und 3 auch für nicht unterschriebene Privaturkunden gelten (vgl. § 381 Anm. 2 u. 4). Die Erklärung richtet sich hier auf die Echtheit des Inhalts.

Auf bloße Handzeichen bezieht sich die Verpflichtung zur Erklärung nach Abs. 2 nicht (vgl. auch Wetzell S. 238 Anm. 72e, Koch, Preuß. Civilproz. S. 429, Nordd. Prot. S. 979, 980; tadelnd Schultze in Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 243).

3) Abs. 3: Die Versäumnißfolge entspricht dem § 129 Abs. 2. Die Verpflichtung zur Erklärung auf die Urkunde (Abs. 1, 2) ist nur eine Anwendung der allgemeinen Erklärungspflicht (§ 129 Anm. 1, Wach in Grünhut Zeitschr. VII S. 162 ff. A. M. Bülow im civ. Arch. 62 S. 34 ff., 53, 65, der auch hier nur ein Erklärungs-Recht annimmt; s. auch Seuffert Anm. 1). Sie gilt nicht in Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 577, 611, 620, 624, 626) sowie im Verfahren wegen der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (vgl. § 129 Anm. 2 a. E.).

Der im gemeinen und preußischen Rechte, auch nach Hann. PO. §§ 337 ff. geltende Diffes-

§ 405. Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen. Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich.

N. Entw. § 605. Entw. I. § 376. Entw. II. § 386. Entw. III. § 392. Mot. S. 272. Prot. S. 160.

---

sionseid, ein Bruchstück der alt-deutschen Reinigungseide (s. Ortloff, Abh. u. Rechtsf. S. 1 ff., Siebenhaar S. 423 Anm. *), ist in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen abgeschafft, da er nicht in das Beweissystem der CPO. paßt.

§ 405.

1) Abs. 1: — „zu beweisen" — mit allen zulässigen Beweismitteln, insbesondere auch der Eideszuschiebung. Ebenso ist der richterliche Eid zulässig. Eine Besonderheit ist die Schriftvergleichung (§§ 406, 407), eine Art Indizienbeweis mittels Urkunden bzw. Sachverständiger. Vgl. N. E. § 606. Der Beweis der Echtheit braucht erst nach der Nichtanerkennung der Urkunde von Seiten des Gegners angetreten zu werden, da der Grundsatz der Beweisverbindung sich nur auf die Angabe der Beweismittel für die thatsächlichen Behauptungen bezieht (vgl. § 121 Nr. 5). Ueber die Echtheit wird sich alsdann in der Regel ein Zwischenstreit entwickeln (vgl. § 275 Anm. 1).

2) Abs. 2: „Steht — fest" — sei es durch Anerkenntniß des Ausstellers oder durch Beweis, z. B. durch Beglaubigung der Unterschrift. Ueber die Form dieser Beglaubigung bestimmen, abgesehen von § 76, die Landesgesetze, z. B. Preuß. Notar.-Ordn. v. 11. Juli 1845 § 21, AGO. I 10 § 133, Grundbuch-Ordn. §§ 33, 37, Hann. Notar.-Ordn. v. 18. Sept. 1853 § 38, Gesetz, enthaltend Bestimmungen über das Notariat, v. 8. März 1880 § 5 (GS. S. 177) ꝛc.

„Namensunterschrift" — Ueber den Begriff vgl. § 381 Anm. 2.

Wegen der Beglaubigung eines Handzeichens vgl. § 381 Anm. 3. Das Anerkenntniß der Echtheit des Handzeichens ist auch hier der Beglaubigung nicht gleichgestellt (vgl. Norbd. Prot. S. 981); dasselbe begründet also keine Rechtsvermuthung, sondern ist in seiner Bedeutung frei zu würdigen. Das Gleiche gilt von anderen Beweisen jener Echtheit.

— „die — Schrift" — d. h. der Text der Urkunde, mag derselbe geschrieben oder gedruckt oder sonst mechanisch hergestellt sein.

— „über — stehende" — Die Unterschrift muß also räumlich nachfolgen (vgl. § 381 Anm. 2, Dernburg I S. 108 Anm. 2).

— „die Vermuthung der Echtheit" — Die Vermuthung ist eine Rechtsvermuthung (s. Wilm. Levy Anm. 3, A. Förster Anm. 2 u. A.); sie dient nach den Mot. zur Vereinfachung des Verfahrens und ist zur Sicherung des Verkehrs erforderlich. Der Gegenbeweis ist prozeßrechtlich unbeschränkt. Derselbe wird stets auf den Nachweis eines Mißbrauchs der Unterschrift hinauslaufen (vgl. StrGB. § 269). Wegen der sog. Blankettes s. § 381 Anm. 1. Selbstverständlich bleiben, wie auch die Mot. hervorheben, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Unzulässigkeit des Gegenbeweises (z. B. Preuß. ALR. I 13 § 113; vgl. ROHG. 6 S. 47, 14 S. 54, 17 S. 210) unberührt (vgl. Württ. PO. Art. 560 Abs. 2); desgl. Vorschriften, wonach Urkunden nur dann Gültigkeit bzw. materielle Beweiskraft haben, wenn sie von dem Aussteller geschrieben und unterschrieben sind (vgl. z. B. Preuß. ALR. II 2 § 380a; Siebenhaar S. 424).

3) Die Norbd. Prozeß-Komm. war einig, daß die (auch in N. E. § 605 enthaltene) Vermuthung, ähnlich wie bei öffentlichen Urkunden, das frei zu würdigende Vorhandensein der üblichen äußeren Merkmale einer beweiskräftigen Privaturkunde voraussetze (Norbd. Prot. S. 980); zu diesen gehört nicht die Besiegelung (vgl. Preuß. ALR. I 5 § 119). Der Grundsatz des

§ 406. Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mittheilung in Gemäßheit der Bestimmung des §. 397 zu beantragen und erforderlichen Falls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§. 386—391 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den im §. 391 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines Dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken im Stande sei, so finden die Vorschriften des §. 396 entsprechende Anwendung.

N. Entw. §§ 606. 607. Entw. I. § 377. Entw. II. § 387. Entw. III. § 393. Mot. S. 272, 273. Prot. S. 160.

---

§ 384 gilt übrigens auch bezüglich der Echtheitsfrage (vgl. § 384 Anm. 2). Insbesondere ist es Sache der Beweiswürdigung im einzelnen Falle, ob der Zusammenhang zwischen Schrift und Unterschrift unterbrochen und die Vermuthung für die Echtheit somit widerlegt oder erschüttert ist. (Vgl. auch Seuffert Anm. 2, Siebenhaar S. 424.)

§ 406.

1) Abs. 1: — „einer Urkunde" — Privaturkunde oder öffentlichen Urkunde; denn auch bei letzteren kann es auf den Echtheits- bzw. Unechtheitsbeweis ankommen (§§ 402, 403).

2) — „auch durch Schriftvergleichung" — vgl. § 405 Anm. 1. Nicht blos in subsidium, d. h. nach Ableistung eines Kalumnieneides, wie nach gem. Recht (Wetzell S. 240; vgl. auch Preuß. AGO. I 10 § 140, I 20 § 39), sondern ohne weitere Beschränkung ist der Beweis durch Schriftvergleichung (comparatio litterarum) zuläßig. Die Antretung geschieht in der mündlichen Verhandlung durch Vorlegung der Vergleichungsschriften bzw. den Antrag oder die Glaubhaftmachung, welche Abs. 2, 3 erfordern.

Bloße Handzeichen eignen sich nicht zur Schriftvergleichung (Siebenhaar S. 426, Puchelt II S. 246, Gaupp II S. 373). Dagegen ist nicht (wie nach Preuß. AGO. I 10 § 149 b) erforderlich, daß der Aussteller mehr als seine Unterschrift geschrieben habe.

3) Abs. 2—4 geben nur Bestimmungen über Beschaffung der Vergleichungsschriften. Die Zulässigkeit der letzteren ist nicht beschränkt (vgl. Planck in Krit. Vierteljahrsschr. IV S. 269, 270, Norbd. Prot. S. 982, 983). Die Beschaffung ist Sache des Beweisführers. Ein eigentlicher Beweisbeschluß hat derselben nicht voranzugehen (Norbd. Prot. S. 983).

Der angebliche Aussteller der Urkunde kann nicht (wie nach Preuß. AGO. I 10 § 151, Code de proc. art. 206, Hann. PO. § 335 ꝛc.) angehalten werden, zum Zwecke der Herstellung eines Vergleichungsstücks eigenhändig etwas zu schreiben (vgl. Norbd. Prot. S. 984, Hann. Prot. XV S. 5761, Hellmann, Lehrb. S. 353, 354).

4) Abs. 2: — „erforderlichen Falls — anzutreten" — Hiernach kann der Schriftvergleichung, wenn das vorgelegte Vergleichungsstück nicht rekognoszirt ist (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1103), noch eine auf die Echtheit des letzteren gerichtete Beweisführung — ohne weitere Beschränkung (vgl. Wetzell S. 240) — vorangehen. Die Echtheit einer vom Beweisführer selbst vorgelegten Vergleichungsschrift kann beim Ausbleiben der Erklärung des Gegners nicht als zugestanden angesehen werden.

5) Abs. 3 u. 4 regeln die Anwendung des Instituts der Urkunden-Edition auf die Beschaffung von Vergleichungsschriften, und zwar sowohl gegen Dritte (Abs. 4) als gegen den

§ 407. Ueber das Ergebniß der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Ueberzeugung, geeigneten Falls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.

N. Entw. § 606. Entw. I. — Entw. II. § 388. Entw. III. § 394. Mot. S. 273. Prot. S. 160.

§ 408. Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

N. Entw. § 608. Entw. I. § 378. Entw. II. § 389. Entw. III. § 395. Mot. — Prot. S. 160.

Prozeßgegner (Abs. 3). Das Präjudiz, welches gegen den Letzteren in Anwendung gebracht wird, entspricht nicht dem § 392 Satz 2 und dem § 409. Anscheinend ist die spätere Modifikation des im Entw. des § 392 aufgestellten Präjudizes (s. § 392 Anm. 1) hier übersehen. Auf den umgekehrten Fall, wenn der Gegner zum Beweise der Unechtheit die Herausgabe einer Vergleichungsschrift seitens des Beweisführers verlangt, und dieser der Anordnung nicht nachkommt, wird aber gleichwohl Abs. 3 entsprechende Anwendung finden (vgl. Seuffert Anm. 2 a. E., Wilm. Levy Anm. 3 a. E., Kleiner II S. 407. A. M. Sarwey I S. 578).

Ueber den Begriff des Gegners und des Dritten s. §§ 386 Anm. 2, 394 Anm. 1.

6) Abs. 4: Das Erforderniß der Glaubhaftmachung stimmt mit §§ 395, 389 Nr. 5 überein, ist aber hier auch auf den Umstand zu richten, daß die Urkunde als Vergleichungsschrift geeignet sei. (A. M. Kleiner a. a. O.) Die Verpflichtung zur Edition ist in diesem Falle nicht (wie nach P. E. § 460) erweitert. Vgl. § 394. (Zustimmend Sarwey I S. 579.)

§ 407.

1) Hinsichtlich des Verfahrens ist hier nur bestimmt, daß „geeigneten Falls" Sachverständige („Schreibverständige") anzuhören seien. Es ist somit ausdrücklich hervorgehoben, daß der Richter zur Anhörung von Sachverständigen nicht verpflichtet ist, also auch dann nicht, wenn die Parteien es beantragen. Vgl. die allg. Bem. z. Tit. 8 und § 368 Anm. 2.

2) Die hier zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich vorgeschriebene freie Würdigung des Ergebnisses der Schriftvergleichung (vgl. § 258) überhebt das Gericht der Verpflichtung, stets noch — wie nach gem. Recht (Wetzell S. 240), Hann. PO. § 335, Bayer. PO. Art. 382 — auf einen Ergänzungseid zu erkennen (§ 437). Der Ergänzungseid kann vom Gerichte nach freiem Ermessen entweder auf die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde oder auf die Thatsache gerichtet werden, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll; denn auch die Echtheit oder die Unechtheit ist eine streitige Thatsache im Sinne des § 437 (vgl. das. Anm. 1). [Ebenso Gaupp II S. 375, Sarwey I S. 579, Petersen §§ 406, 407 Nr. 1 a. E. u. A. A. M. Siebenhaar S. 425.]

3) Die Schriftvergleichung kann auch durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen (vgl. Endemann II S. 306, A. Förster Anm. 1).

§ 408.

1) Die präventiv-polizeiliche Vorschrift des § 408 ist aus dem N. E. übernommen (vgl. auch Hann. PO. § 340 und H. E. § 406). Paraphirung ist nicht erforderlich. Die Vorschrift bezieht sich ihrer allgemeinen Fassung und ihrem ganzen Zwecke nach auch auf die von Dritten vorgelegten Urkunden (vgl. auch A. Förster Anm. 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 1).

— „auf der Gerichtsschreiberei" — vgl. Preuß. Hinterlegungs-Ordn. §§ 87, 88.

2) — „im Interesse der öffentlichen Ordnung" — also nicht blos „zum Zwecke der strafrechtlichen Verfolgung" (Hann. PO. § 340, H. E. § 406), sondern auch behufs Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen den Aussteller der Urkunde oder behufs deren Berichtigung (Nordd. Prot. S. 987, 988).

§ 409. Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

N. Entw. § 600. Entw. I. § 379. Entw II. § 390. Entw. III. § 396. Mot. S. 273, 274. Prot. S. 169.

Zehnter Titel. **Beweis durch Eid.**

§ 410. Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

N. Entw. §§ 609, 610. Entw. I. § 380. Entw. II. § 391. Entw. III. § 397. Mot. S. 276, 277. Prot. S. 161—167.

---

§ 409.

1) Die Quelle dieser und aller ähnlichen Bestimmungen (z. B. Preuß. ALR. I § 5 § 170 und nicht ganz kongruent AGO. I 10 § 120; vgl. Dernburg I S. 215, 216) ist das gemeine Recht [L. 20 C. de probat. (4, 19); vgl. Wetzell S. 248, Briegleb: Vermischte Abh. I S. 96 ff.]. Die freie Beweiswürdigung reicht hier ebensowenig aus als § 392; deshalb ist eine positive Vorschrift gegeben, welche den Charakter der Strafe hat (vgl. StrGB. § 274 Nr. 1). Aus letzterem Grunde ist die Bestimmung auf den Fall der Absicht beschränkt und demselben die culpa (culpa lata sowenig als ein Versehen geringeren Grades) nicht (wie nach Hann. PO. § 309, Bayer. PO. Art. 393, Württ. PO. Art. 555, Bad. PO. § 410 ꝛc.) gleichgestellt (vgl. Nordd. Prot. S. 971 ff., N. E. § 600). Fälle, in welcher die Partei zur Beseitigung ꝛc. berechtigt war, sind ebenfalls ausgeschlossen. Die „Absicht" ist, wie auch die in den Mot. in Bezug genommenen Nordd. Prot. S. 971—973 erkennen lassen, nothwendig eine rechtswidrige (dolus). [So auch Gaupp II S. 377, v. Canstein a. a. O. S. 346, A. Förster Anm. 1 u. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 1.]

2) — „beseitigt" — gleichbedeutend mit „abhanden gebracht" in § 391 Abs. 1, so daß der Gegner sie nicht erreichen kann.

— „zur Benutzung untauglich gemacht" — z. B. durch Durchstreichung, Unkenntlichmachung der Unterschrift usw.

— „so können — angesehen werden" — Das Präjudiz ist in dem Falle, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, weniger scharf als das des § 392 Satz 1, da die Voraussetzungen, wenngleich einander ähnlich, sich doch nicht vollständig decken (vgl. Nordd. Prot. S. 972). Ist keine Abschrift beigebracht, so stimmen die hier angedrohten Nachtheile mit denen in § 392 überein (vgl. das. Anm. 1). Anders § 406 Abs. 3. Ob die eidliche Erhärtung der Behauptungen zu fordern, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen (§ 437).

3) Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche in dem vorausgesetzten Falle oder schon bei bloßer culpa einen Anspruch auf Interesseleistung gewähren, sind durch § 409 selbstverständlich nicht berührt (vgl. z. B. ROHG. 14 S. 242, 19 S. 103).

Zehnter Titel.

Mot. S. 274, 275, Prot. S. 161—167.

1) Die CPO. hat sich bemüht, den Gebrechen des Beweises durch Eid ohne Bruch mit der deutschen Rechtsentwickelung abzuhelfen, also in organischer Anlehnung an das bestehende Recht die nothwendigen Reformen zu vollziehen. Mit dem N. E. (Nordd. Prot. S. 996, 997) und dem 8. Juristentage (Verh. dess. I S. 12 ff., 39 ff., II S. 251 ff., 326 ff.) behält sie daher die Eideszuschiebung bei und verwirft die von manchen Schriftstellern, wie Glaser (Gesammelte kleinere Schriften 1868 II S. 440), v. Bar (Recht und Beweis im Civil-

prozeß S. 149 ff.) rc. befürwortete, auch in das österreichische Ges. vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen übergegangene zeugeneidliche Vernehmung der Parteien (nach englischem und nordamerikanischem Muster), selbst in der erheblich abgeschwächten Gestalt der Bayer. PO. Art. 455, 456, nachdem auch ein Versuch, dieses Institut in das deutsche Prozeßrecht unter entsprechender Umgestaltung des vorliegenden Titels einzuführen, in der RTK. ohne Erfolg geblieben war. (Vgl. Komm. Ber. der RTK. z. CPO. S. 5, 6, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 365 ff. u. Vortr. S. 162 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 45, 47).

2) Die §§ 410—436 handeln von dem zugeschobenen (Schieds-), die §§ 437—439 von dem richterlichen („nothwendigen") Eide. Der Ausdruck „Parteieid" umfaßt beide (s. §§ 543 Anm. 2, 611, 861 Abs. 2). Bezüglich des ersteren bemerken die Mot.:

> „Der heutigen Rechtsanschauung entsprechend, faßt der Entwurf den zugeschobenen Eid (Schiedseid, serment décisoire, Code civ. art. 1357; Haupteid, Bad. PO. § 521) als Beweismittel auf. Diese Auffassung ist indessen nicht mit voller Konsequenz durchgeführt, da es sich aus Zweckmäßigkeitsgründen empfahl, bei der Regelung einzelner Bestimmungen dem römisch-rechtlichen Gesichtspunkte von der Vergleichsnatur des Eides Einfluß zu gestatten."

Vgl. z. B. §§ 415, 423, 432, 495. [S. auch Endemann II S. 310, Heusler im civ. Arch. 62 S. 257, 299 ff., 303, 309, Birkmeyer im Rechtslex. III S. 545 ff. s. v. „Schiedseid", Hellmann, Lehrb. S. 570 ff. Nicht zu den Beweismitteln rechnet dagegen den Schiedseid Wach, Vortr. S. 177. S. auch Wendt im civ. Arch. 63 S. 270 ff. („Beweissurrogat"). Aehnlich verweist v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 308, 312 ff. den Schiedseid in das Gebiet der Parteiendisposition.]

3) Wesentlich verschieden von dem zugeschobenen Eide ist der Vergleichs- oder Kompromiß-Eid, von welchem die Parteien freiwillig den Ausgang eines Rechtsstreits ganz oder theilweise abhängig machen. [Vgl. §§ 415 Anm. 5, 426 Anm. 2 a. E., Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXVII S. 179, 182 ff., Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 616, RG. i. Str.S. V S. 94 und gegen diese die Nichtstrafbarkeit des falschen Eides aussprechende Entscheidung v. Schwarze im Gerichtssaal Bd. 34 H. 11 S. 52 ff. u. Fuchs in Goltdammer, Arch. f. Str.R. Bd. 30 S. 340 ff. Vgl. auch d. Verhandl. d. 17. D. Juristentags I S. 163 ff. (Gutachten v. Stöckel, Daube, Hagemann, von denen sich die beiden ersteren unbedingt, der letztere in beschränkter Weise gegen das RG. erklären).]

Besondere, an anderen Stellen der CPO. behandelte Parteieide sind noch: der Schätzungseid (§ 260), der Eid zur Glaubhaftmachung einer Behauptung (§ 266), der Editionseid (§ 391) und der Offenbarungseid (§§ 711, 769, 780 ff.).

4) Die §§ 410—415 betreffen die Zulässigkeit des zugeschobenen Eides, §§ 416—423 die Zuschiebung, Annahme und Zurückschiebung und deren Widerruf; § 424 enthält die Eidesnorm; §§ 425—433 regeln das fernere Verfahren; §§ 434—436 handeln von dem Schiedseide der Streitgenossen und gesetzlichen Vertreter.

§ 410.

1) „Die Eideszuschiebung" — Ueber die Form s. § 416.

— „nur über Thatsachen" — Diese in der neueren Theorie und Praxis sowie von allen neueren Prozeßgesetzgebungen im Gegensatz zum römischen Recht (s. v. Savigny, Syst. VII S. 86) anerkannte Beschränkung, von welcher auch § 415 keine Ausnahme macht, folgt aus dem Charakter des Eides als eines Beweismittels. Ausgeschlossen sind also Rechtsbegriffe und Urtheile. Indessen läßt sich freilich nur im einzelnen Falle nach Maßgabe der Kenntnisse und Erfahrungen des Schwörenden beurtheilen, ob eine Erscheinung oder ein Ergebniß thatsächlich oder überwiegend durch besondere Anwendung des Urtheilsvermögens erschließbar ist (RG. VII S. 1 u. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 253). Die Aufnahme von Rechtsbegriffen und Urtheilen in die Eidesnorm dient oft zu deren Vereinfachung und Verdeutlichung und unterliegt, sofern ihre Bedeutung in dem betreffenden Falle unstreitig ist, keinem Bedenken, wie in der RTK. einem später zurückgezogenen Amendement gegenüber klar gestellt wurde; z. B. kann über

Darlehnsempfang unter dieser Voraussetzung der Eid zugeschoben werden (s. ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 266), desgl. über den Abschluß eines Kaufs (Striethorst, Arch. 36 S. 144, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 40 Nr. 13), ja, über Eigenthum, Forderung ꝛc. (RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 26, 184). [Vgl. auch Wach, Vortr. S. 170, Petersen § 410 I 1, Gaupp II S. 380, Wilm. Levy Anm. 1 S. 570, Seuffert Anm. 3 u. A.] — Auch über bloße „Meinungen, Gesinnungen" (Preuß. AGO. I 10 § 108 Nr. 7, 8), Vermuthungen (Entsch. d. preuß. OTr. 75 S. 195) ꝛc. ist die Eideszuschiebung in der Regel nicht zulässig; ebenso über Schätzungen, obschon § 260 den Schätzungseid beibehalten hat. (Uebereinstimmend Seuffert Anm. 3d, Sarwey I S. 582, Hellmann II S. 315, Fitting § 56 S. 193 u. A.; anders Wetzell S. 272, 273 usw.)

Nicht ausgeschlossen dagegen sind, wie auch die Mot. hervorheben, innere Thatsachen, z. B. Absicht, Vorsatz, guter oder böser Glaube [vgl. z. B. OLG. Dresden im civ. Arch. 69 S. 451 („freiwillig aufgegeben")]. Auch das Wissen oder Nichtwissen kann dahin gehören, und sogar die Kenntniß einer Absicht (so auch RG. III S. 430 — von Rocholl, Rechtsfälle I S. 155 ff. beanstandet —, RG. X S. 323, Jur. Wochenschr. 1883 S. 77, Entsch. d. preuß. OTr. 68 S. 297), ebenso die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 253 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 40). Die Beschränkung auf äußere Thatsachen, aus welchen auf die innere Thätigkeit geschlossen werden kann (Siebenhaar S. 432), findet im Gesetze keine Unterstützung.

Ebensowenig wird ein Unterschied gemacht, ob die Thatsache unmittelbar oder nur mittelbar erheblich ist (Nordd. Prot. S. 1005). Ueber Thatsachen, deren Wahrnehmung eine gewisse Sachkunde voraussetzt, ist die Eideszuschiebung dann zulässig, wenn bei dem Delaten diese Sachkunde angenommen werden kann, entsprechend der Zulässigkeit des Zeugenbeweises durch sachverständige Zeugen nach § 379. (Gaupp II S. 380, Seuffert Anm. 4, v. Bülow Anm. 2, Obermeyer: D. Lehre v. d. Sachverständigen S. 207, 208, RG. in RAnz. 1881 b. Beil. 12 S. 2.)

2) — „welche in Handlungen — gewesen sind" — Hierin liegt eine erhebliche Abweichung vom gemeinen und vom preuß. Rechte, wonach die Eideszuschiebung über fremde Handlungen ohne Beschränkung (in der Form des Glaubens- bzw. des Ignoranz-Eides) gestattet war (Wetzell S. 262 ff., Renaud S. 379, Zimmermann, Glaubenseid S. 418 ff.; Preuß. AGO. I 10 §§ 252, 312, 313; vgl. auch Hann. PO. §§ 282, 288, Württ. PO. Art. 571, H. E. § 408, Hann. Prot. VIII S. 2795—2811, XV S. 5786 ff.). Die CPO. ist indessen nicht soweit gegangen, im Anschlusse an das Votum des 8. D. Juristentags (Verhandl. I S. 47 ff., 62 ff., II S. 255, 317, 329) die Eideszuschiebung über facta aliena gänzlich zu beseitigen, sondern hat vielmehr in Rücksicht auf die Anforderungen des Verkehrs nicht blos (wie nach N. E. § 610) zum Beweise der Echtheit einer Privaturkunde oder in anderen speziellen Fällen (Code civ. art. 2275, Code de comm. art. 189), sondern allgemein über Handlungen [zu denen auch Unterlassungen gehören (Siebenhaar S. 436)] und über Wahrnehmungen von Rechtsvorgängern und Vertretern (aber nicht an diese, nur an die Gegner selbst — s. § 414) die Eideszuschiebung gestattet (vgl. auch P. E. § 510, Bayer. PO. Art. 454, Bad. PO. § 130). Die Bedeutung dieser Ausdrücke (vgl. auch § 350 Nr. 4) bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Das Vorhandensein des fraglichen Verhältnisses ist nöthigenfalls vom Deferenten bzw. Referenten nachzuweisen.

„Rechtsvorgänger — Der Ausdruck umfaßt auch den Vorgänger im Recht einer einzelnen Sache oder Forderung. Vorausgesetzt ist ein derivativer Erwerb, bei welchem das Recht des Nachfolgers (vgl. § 236) von dem des Vorgängers in gewisser Beziehung abhängig ist, und zwar auch dann, wenn die Uebertragung verbunden wird mit der Konstituirung eines neuen Rechts, bei welchem das übertragene Recht die Grundlage für das neu konstituirte bildet (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 40). So bei der Lebensversicherung das Recht dessen, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist, von dem des Versicherten (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII

S. 1138). Vgl. § 350 Anm. 2. Der Gläubiger eines Kontrahenten gehört daher (wenigstens nach gem. u. preuß. Recht) an sich nicht zu den Rechtsnachfolgern desselben, ebensowenig ein Indossatar (abgesehen von WO. Art. 16 Abs. 2) zu den Rechtsnachfolgern des Indossanten.

„Vertreter" — deutet auf ein Stellvertretungsverhältniß (Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft, Auftrag 2c.). Der „Vertreter" muß im Namen der Partei — oder ihres Rechtsvorgängers (RG. VIII S. 341) — (nicht bloß für deren Rechnung) oder doch für sie, z. B. als mechanisches Instrument derselben (Bote 2c.), dergestalt gehandelt haben, daß sie seine Handlungen als die ihrigen gelten läßt oder gelten lassen muß (RG. XIII S. 355). Vgl. auch § 350 Anm. 2. Bedenklich ist daher die Bemerkung der Mot., daß unter „Vertreter" derjenige zu verstehen sei, für dessen Handlung die Partei haftet. In der Nordd. Prozeß-Kommission wurde diese Kategorie ausdrücklich von den „Vertretern" unterschieden (s. Nordd. Prot. S. 1011). Auch die CPO. ist an anderen Stellen enger (vgl. §§ 172 Anm. 1, 210 Anm. 2). [Beispiele im Sinne der Mot. s. bei Siebenhaar S. 437, Uebel I S. 383, 384. Vgl. dagegen Kleiner II S. 414, welcher freilich ein nicht minder vages Merkmal aufstellt („Verhältnisse, in denen der Wille des Handelnden durch den Willen einer Partei bestimmt wurde"), Gaupp II S. 381, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 4, S. 488. Ungenauigkeit des Ausdrucks rügt Endemann II S. 314 Anm. 9.] Nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts würde dahin, wenn man der Auffassung der Mot. folgt, auch der Hauptschuldner im Prozesse des Bürgen gehören, dagegen z. B. nicht der Nachbar im Prozesse des Servitutberechtigten. Die Haftungsfrage ist jedoch nicht entscheidend. — Ob der Vertreter als Prozeßbevollmächtigter fungirt, ist unerheblich. Ist er dagegen „gesetzlicher Vertreter" im Prozesse, so wird er selbst als Partei behandelt (§§ 435, 436). [Vgl. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 376 ff.]

Von den Beschränkungen des § 410 kann das Gericht bei Einigung der Parteien entbinden (§ 415). In Verbindung mit § 410 stehen die Vorschriften über die Eidesnorm (§ 424).

Rücksichtlich der Streitgenossenschaft s. § 434 Anm. 2.

3) Um die Eideszuschiebung bezüglich fremder Handlungen zu rechtfertigen, genügt die Behauptung, daß der Gegner 2c. dieselben wahrgenommen habe, sofern nicht das Gegentheil aus den Umständen des Falles sich ergiebt. (So auch Gaupp II S. 381, 382.) Wegen des Wissens 2c. vgl. oben Anm. 1. Wegen des Todes eines Menschen s. RG. VIII S. 173.

4) Auch über eine strafbare Handlung des Gegners kann der Eid zugeschoben werden, selbst wenn dieselbe Gegenstand eines Strafverfahrens oder sogar eines strafgerichtlichen Urtheils geworden ist (vgl. E. G. z. CPO. § 14 Nr. 1, ROHG. 9 S. 35). Dem Gericht bleibt die Möglichkeit, durch Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens (§ 140) für den Fall, daß der Beklagte in dem letzteren verurtheilt wird, den Eid in Wegfall zu bringen, für den Fall der Freisprechung aber dem Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Schwurpflichtigen den Boden zu entziehen (vgl. Nordd. Prot. S. 1025).

5) Die Eideszuschiebung an wegen Meineids Verurtheilte ist mit Rücksicht auf die Vergleichsnatur des Eides nicht ausgeschlossen (vgl. auch ROHG. 3 S. 323 ff., Preuß. AGO. I 10 § 284, Württ. PO. Art. 570 2c.). Die §§ 422, 432 geben nur das Recht zum Widerruf. Damit stimmt auch § 161 d. StrGB. überein, welcher für die wegen Meineids Verurtheilten nur die Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, ausspricht. Hinsichtlich des richterlichen Eides s. § 439 Abs. 2.

6) Fälle, in welchen die Eideszuschiebung nach der CPO. ausgeschlossen ist, s. in §§ 544 Abs. 2, 577 Abs. 2, 611, 620, 624, 626. Vgl. auch §§ 266 Anm. 2, 411. Das Gleiche gilt in dem Verfahren über alle von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 412, Seuffert Anm. 6). Eine Bevorzugung der Eideszuschiebung enthält § 558 Abs. 2.

Die Vorschriften der Landesrechte über die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung in ge-

§ 411. Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.

N. Entw. § 611. Entw. I. § 381. Entw. II. § 392. Entw. III. § 398. Mot. S. 277, 278. Prot. S. 167.

§ 412. Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. 393. Entw. III. § 399. Mot. S. 278. Prot. S. 167.

---

wissen Rechtsverhältnissen [vgl. z. B. Preuß. ALR. I 4 § 49, I 16 § 107; AGO. 1 10 § 252, Verordn. v. 28. Juni 1844 über das Verf. in Ehesachen §§ 42, 43 (GS. S. 190), Ges. v. 24. April 1854 §§ 16, 17 (GS. S. 193)] sind aufgehoben (EG. z. CPO. § 14 Nr. 2).

7) Eine Befugniß des Gerichts, frivole Eidesanträge zu verwerfen (Württ. PO. Art. 575, H. E. § 430), ist nicht aufgenommen (vgl. Hann. Prot. VIII S. 2966 ff., XV S. 5812 ff., Nordd. Prot. S. 1026; RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 70). Der Zweck wird durch die freie Beweiswürdigung erreicht.

§ 411.

1) Die Mot. bemerken:

„Der § 411 enthält den von allen Gesetzgebungen anerkannten Grundsatz, daß eine Eideszuschiebung über Thatsachen unzulässig ist, in Betreff deren bereits rechtliche Gewißheit vorliegt. Mag die unter Eidesbeweis gestellte Thatsache von dem Gerichte für erwiesen oder für widerlegt erachtet werden — Württ. PO. Art. 574 Nr. 1 — für den anhängigen Prozeß ist diese Thatsache nicht mehr streitig und daher nicht mehr fähig, als Gegenstand einer ferneren Beweisaufnahme zu dienen".

2) — „deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet" — Dieser Ausdruck ist hier an die Stelle des Begriffs „Gegenbeweis" getreten, welcher mit der Beweisverbindung der CPO. unvereinbar ist; vgl. § 255 Anm. 4. — Da der Eid immer nur als eventuell zugeschoben gilt (§ 418), so hat die Frage, ob der Eid zur Führung eines (direkten) Gegenbeweises zugeschoben ist, von selbst jede Bedeutung verloren.

§ 411 setzt nicht nothwendig voraus, daß eine Beweisaufnahme über dieselbe Thatsache bereits stattgefunden hat; das Gericht kann vielmehr nach § 259 die Ueberzeugung auch lediglich aus dem gesammten Inhalt der Verhandlungen ohne förmliche Beweisaufnahme gewonnen haben. (So auch Wach, Vortr. S. 172.) Die bloße Wahrscheinlichkeit genügt aber nicht („erwiesen" — vgl. RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 70; § 259 Anm. 1 a. E.).

Der Beweis gegen ein gerichtliches Geständniß (dieser allerdings nur mittelbar, d. h. durch Beweis der einzelnen Thatsachen, aus welchen die Unwahrheit oder der Irrthum geschlossen werden soll; vgl. § 263 Anm. 1) oder gegen den Inhalt von Urkunden (§§ 380 Anm. 7 u. 8, 381 Anm. 1, 382 Anm. 3, 383 Anm. 3) oder gegen Rechtsvermuthungen (EG. z. CPO. § 16 Nr. 1 Abs. 2) kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Ebenso in den Fällen der §§ 153 Abs. 2, 402, 403, 405. (S. auch Seuffert Anm. 1, Hellmann II S. 319, Petersen § 411 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. hinsichtlich der Urkunden: Sarwey I S. 585, Gaupp II S. 383, 384.)

3) Bei der Eideszuschiebung über strafbare Handlungen (§ 410 Anm. 4) kann der Richter die Ueberzeugung des Gegentheils aus der strafgerichtlichen Freisprechung gewinnen.

§ 412.

Die Eideszuschiebung steht als Beweismittel unter dem allgemeinen Gesetze der Beweispflicht. Schiebt also die nicht beweispflichtige Partei dem Gegner den Eid zu, ohne daß dieser überhaupt einen Beweis angetreten hat, so ist der Eid unerheblich; der Gegner gilt als beweisfällig. Das Gericht hat somit auch nicht zur Erklärung nach § 420 aufzufordern (vgl. auch Gaupp II S. 384, Petersen § 412 Nr. 2, Hellmann, Lehrb. S. 573. A. M.: Wach, Vortr. S. 167 u. im civ. Arch. 64 S. 220, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Seuffert Anm. 2 wegen § 417, welcher jedoch über diese Frage nicht entscheidet). Es wird gewissermaßen gesetzlich ver-

§ 413. Die Zurückschiebung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des §. 410 die Zuschiebung desselben zulässig sein würde.

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.

N. Entw. § 614. Entw. I. § 384. Entw. II. § 395. Entw. III. § 401. Mot. S. 281. Prot. S. 167.

§ 414. Der Eid kann nur der Partei, nicht einem Dritten zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Nebenintervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§. 66).

N. Entw. § 615. Entw. I. § 385. Entw. II. § 396. Entw. III. § 402. Mot. S. 281. Prot. S. 167.

---

muthet, daß die Eideszuschiebung nur unter der Bedingung erfolgt sei, daß der zuschiebenden Partei die Beweislast obliege (vgl. P. E. § 512, N. E. § 613). Dasselbe gilt, wenn die beweispflichtige Partei gleichfalls den Eid zugeschoben hat; hier kommt es eben deshalb nur auf diesen Eid an. Alle diese Sätze drückt § 412 aus. Ein Vorbehalt hinsichtlich der Beweispflicht ist also überflüssig. Vgl. auch § 418.

§ 413.

1) Abs. 1 wendet, abgesehen davon, daß die Zurückschiebung eine zulässige Zuschiebung des Eides voraussetzt, auf erstere den Grundsatz des § 410 an — übereinstimmend mit Code civ. art. 1362, Bayer. PO. Art. 459, N. E. 2c. Dies gilt auch hinsichtlich des über die Echtheit einer Urkunde zugeschobenen Eides (§ 404 Anm. 3). Ueber die Folgen mangelnder Erklärung s. §§ 417 Anm. 2, 420 Anm. 2, 429 Anm. 2, 434 Anm. 3, 436.

Einen einschlagenden Fall s. in Busch, Zeitschr. I S. 514 ff.

2) Für den Fall, daß nach Abs. 1 die Zurückschiebung zulässig ist, enthält Abs. 2 eine fernere Beschränkung — die Unzulässigkeit der Zurückschiebung, wenn nur der Delat den Wahrheitseid leisten kann, obschon vielleicht nur in der Form des § 424 Abs. 2.

3) Das Gericht kann bei Einigung der Parteien von den Beschränkungen des § 413 entbinden (§ 415).

§ 414.

1) — „nicht einem Dritten" — Die im gemeinen (vgl. Wetzell S. 270, Arnold im civ. Arch. 47 S. 98, ROHG. 19 S. 139 u. d. dort angef. Erkenntnisse) und preuß. Rechte (s. d. Noten von Koch u. v. Rönne zu AGO. I 10 § 279) streitige Frage wegen der Zulässigkeit der Eideszuschiebung an Rechtsvorgänger (Zedent, Auktor) und Vertreter einer Partei ist hier verneinend entschieden. Dieselben können nur als Zeugen vernommen werden (§ 350 Nr. 4). Vgl. auch §§ 236, 410 Anm. 2. Wegen der gesetzlichen Vertreter vgl. § 435.

Ein Dritter, der nach den §§ 72, 73, 236, 237 in den Prozeß eingetreten ist, ist selbst Partei.

2) Satz 2 steht mit der prinzipiellen Unselbständigkeit des Nebenintervenienten (§ 64 Anm. 1) wie des Litisdenunziaten (§ 71) im Einklang. Nur im Falle des § 66 haben dieselben selbständige Parteirechte (s. § 434). [Grundlos ist daher der Angriff v. Canstein's in Busch, Zeitschr. II S. 317, 318 auf diese Vorschrift.] Abgesehen hiervon kann auch die Ablehnung der Hauptpartei (Wetzell S. 271, 272) den Nebenintervenienten nicht in die Lage bringen, zu schwören.

Die Zuschiebung seitens des (gewöhnlichen) Nebenintervenienten ist wirksam, sofern sie von der Hauptpartei nicht gemißbilligt wird (vgl. § 64 Anm. 1. A. M. v. Bülow Anm. 3, welcher die Mot. zu § 414 irriger Weise auch auf die aktive Betheiligung des Nebenintervenienten bezieht). Der Delat kann aber den von dem Nebenintervenienten zugeschobenen Eid nur der Hauptpartei nach Maßgabe des § 413 zurückschieben (Endemann II S. 318, Petersen § 414 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 1).

§ 415. Das Gericht kann anordnen, daß die in den §§. 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich auf Thatsachen bezieht.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 169, 170, 688, 689.

---

3) Der Inhalt der Anm. 3 zu § 413 gilt auch hinsichtlich des § 414. Wegen der Folgen vgl. § 430 Anm. 5.

§ 415.

Literatur: Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXVII S. 177ff.

1) § 415 fehlte in den Entwürfen. Schon in erster Lesung der RTK. wurde ein Antrag des Abg. Bähr, die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime dann für unanwendbar zu erklären, wenn beide Theile in Betreff des zu leistenden Eides einig seien, angenommen. Ihre jetzige Gestalt erhielt die Bestimmung auf Antrag der Regierungen bei der Revision der zweiten Lesung.

2) „Das Gericht kann anordnen" — Hierdurch sollen die Anforderungen des öffentlichen Rechts mit den Partei-Interessen in Einklang gebracht werden. Die Anwendung der in Rede stehenden Ausnahme von den §§ 410, 413, 414 ist danach nicht lediglich dem Uebereinkommen der Parteien überlassen, sondern bedarf der Zustimmung des Gerichts, welches in seinem Ermessen nach Maßgabe der Umstände unbeschränkt ist. (Vgl. Endemann II S. 319, Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner II S. 421, Petersen § 415 Nr. 1, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. rücksichtlich der Rückschiebung Siebenhaar S. 444. Auch Sarwey I S. 588 schränkt das Ermessen des Gerichts mit Rücksicht auf die Dispositionsfreiheit der Parteien ein. Allerdings ist die Vorschrift unbestimmt genug.) Die „Anordnung" drückt sich in dem Beweisbeschlusse bzw. dem Urtheil aus (§§ 425, 426). Da diese das eigentlich bindende ist, so ist ein Widerruf der Parteien einflußlos; § 419 Abs. 2 ist nicht anwendbar (vgl. auch Seuffert Anm. 3. A. M. Hoffmann a. a. O. S. 189); auch im Falle des § 422 hat lediglich das Gericht zu prüfen, ob der Beweisbeschluß zu ändern ist; anders im Falle des § 433 Abs. 1.

3) — „in Betreff des zu leistenden Eides" — d. h. darüber, daß, von wem und was geschworen werden soll. (So auch Gaupp II S. 388, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Hoffmann a. a. O. S. 182, Hellmann, Lehrb. S. 576, welche auch eine Einigung in Betreff des Wegfalls der Beschränkungen für die Zuschiebung usw. als genügend ansehen). Dagegen ist eine Einigung auch darüber, daß die Prozeßentscheidung von der Eidesleistung abhänge, nicht nothwendig (A. M.: Hoffmann a. a. O. S. 180, Seuffert Anm. 3). Jeder Gewissensdruck fällt in solchen Fällen weg. Die Zustimmung des Dritten (§ 414) ist entbehrlich. Auch in diesem Falle gelten die §§ 428, 429. Nichterscheinen gilt als Verweigerung. Wegen Anwendung des § 430 s. das. Anm. 5. Auch eine Vereinbarung, daß von mehreren Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, welche nach §§ 434, 436 sämmtlich den Eid zu leisten haben, nur einer oder einzelne schwören sollen, ist nach § 415 zulässig, da diese Abweichung von der Regel eine geringere ist als die, daß ein Dritter statt der Partei schwören soll (vgl. auch § 434 Anm. 1).

— „einig sind" — Die Einigung muß in der mündlichen Verhandlung erklärt werden und eine vorbehaltlose sein (RG. X S. 325). Ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich (vgl. § 426 Anm. 2, v. Kries: D. Rechtsmittel S. 180, Wilm. Levy Anm. 3), aber doch mehr als bloße Annahme und Rückschiebung (vgl. RG. X S. 324 u. d. Rez. in Gruchot Beitr. XXVI S. 146).

4) — „und der Eid sich auf Thatsachen bezieht" — Diese Beschränkung (vgl. § 410 Anm. 1) ist unbestritten Gegenstand der öffentlichen Ordnung und kann weder durch Abkommen der Parteien noch durch den Richter alterirt werden. Ebenso erstreckt sich die Ausnahme des § 415 nicht auf die Beschränkungen in den §§ 411, 412, 418, 419.

5) Der sog. Vergleichseid (s. d. allg. Bem. z. Tit. 10 unter 3) fällt nicht unter den Gesichtspunkt des § 415 (vgl. auch Seuffert Anm. 1 a. E.). Er enthält einen durch Eid bedingten Vergleich, welcher den Prozeß ganz oder theilweise beendigt. Das Prozeßgericht ist

§ 416. Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschoben werde.

N. Entw. § 620. Entw. I. § 386. Entw. II. § 397. Entw. III. § 403. Mot. S. 281. Prot. S. 167.

§ 417. Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschiebung vorbringt.

Giebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in welchem die Zurückschiebung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzunehmen, so wird der Eid als verweigert angesehen.

N. Entw. § 621. Entw. I. § 387. Entw. II. § 398. Entw. III. § 404. Mot. S. 281. Prot. S. 167–169, 733, 735.

---

daher zwar an denselben gebunden (so auch Gaupp II S. 388, 389. A. M. Wilm. Levy Anm. 1; vgl. auch Fuchs in Goltdammer, Arch. f. StrR. Bd. 30 S. 348, 349), aber weder berechtigt noch verpflichtet, den Eid abzunehmen. Letzteres fällt in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und die Zulässigkeit der Abnahme durch den betreffenden Richter richtet sich nach dem Landesrecht (vgl. z. B. für die Provinz Hannover die Hann. Verord. v. 28. Dez. 1821 §§ 9, 10 [H. GS. 1822 I S. 43]). [So auch Hoffmann a. a. O. S. 178, Hagemann in Verhandl. d. 17. D. Juristentags I S. 205 ff.]

§ 416.

1) Vgl. § 255. — „dem Gegner" — Dies ist von besonderer Bedeutung in den Fällen der §§ 434—436. Indessen ist die Bezeichnung der physischen Person, welche schwören soll (Gaupp II S. 389), nicht unbedingt erforderlich (vgl. § 436 Anm. 1). Sind nicht einzelne gesetzliche Vertreter oder Streitgenossen bezeichnet, so gilt die Eideszuschiebung allen. Die Frage, wer zu schwören hat, ist in der mündlichen Verhandlung, nöthigenfalls unter Ausübung des Fragerechts (§ 130) zu erörtern. (Etwas strenger Wilm. Levy Anm. 2 u. noch mehr Petersen §§ 416, 417 Nr. 1.)

— „über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache" — Eine allgemeine Eideszuschiebung, etwa über den gesammten vorangegangenen Vortrag, genügt also nicht. Der alternative Eidesantrag ist jedoch zulässig (s. ROHG. 21 S. 31, Puchelt II S. 257, Kleiner II S. 422, Petersen a. a. O. u. A.). Die Vorlegung einer Eidesnorm ist zwar nützlich, aber nicht (wie nach Hann. PO. § 392, P. E. § 307, Bad. PO. § 533, 536) unbedingt erforderlich.

2) Die Eideszuschiebung kann nach dem allgemeinen Grundsatze des § 256 bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, und auch noch in der Berufungsinstanz (§ 491) erfolgen. Die Beschränkungen der §§ 339, 398 gelten hier nicht.

3) Die Zuschiebung kann unter gewissen Bedingungen (s. § 417 Anm. 1) sowie unter Verbindung mit anderen Beweismitteln geschehen; im letzteren Falle ist sie stets nur als eventuelle zu verstehen (§ 418).

§ 417.

1) Abs. 1: Nach allgemeinen Grundsätzen ist jede Person verpflichtet, sich über die vom Gegner angeführten Beweismittel zu erklären (§§ 121 Nr. 5, 255 Abs. 1, 299). [Gegen Bülow im civ. Arch. 62 S. 36 ff., 53, 65, welcher auch hier nur ein Recht zur Erklärung annimmt, s. Wach in Grünhut, Zeitschr. VII S. 164 ff., welcher mit Recht bemerkt, daß das Wesen der Eideszuschiebung vom Präklusionsstandpunkt nicht begriffen werde.] Von erheblich weiter gehender Bedeutung ist aber die Erklärung über die Eideszuschiebung, bei welcher die Vergleichsnatur des Eides (s. d. allg. Bem. unter 2) deutlich hervortritt.

Die Erklärung besteht darin, daß der Delat nach seiner Wahl ausspricht, ob er den Eid annehme oder zurückschiebe. Vgl. § 255 Abs. 2. Solche Erklärung ist auch bei bedingter Zuschiebung nöthig. Eine Modifikation enthält § 419 Abs. 1. Andere Bedingungen bei der

§ 418. Durch die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

N. Entw. §§ 613, 614, 621. Entw. I. §§ 382, 383, 397. Entw. II. § 394. Entw. III. § 400. Mot. S. 279, 280. Prot. S. 167, 689—693, 733, 735.

Annahme oder Zurückschiebung, als die der Unerheblichkeit des Eides oder der Unzulässigkeit der Eideszuschiebung („Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschiebung") (Abs. 1) oder der Unzulässigkeit der gleichzeitigen Zurückschiebung (Abs. 2) oder der Erfolglosigkeit anderer Beweismittel (§ 418) sind nicht zulässig und machen die Erklärung hinfällig (vgl. Anm. 2).

Die Feststellung zu Protokoll erfolgt auf Antrag (§§ 270 Abs. 2, 470 Abs. 2). Vgl. § 270 Anm. 3, 4.

Selbstverständlich kann die Erklärung — auch die der bedingten Annahme eines unzulässigerweise zurückgeschobenen Eides — auch in einem späteren Verhandlungstermine bis zum Schlusse der Sache (§ 127 Abs. 4) nachgeholt werden (vgl. Nordd. Prot. S. 1028; anders im vorbereitenden Verfahren nach § 319 Abs. 1); sie muß aber stets dem bedingten Endurtheil vorangehen (vgl. § 425 Anm. 1). Bei mangelnder Information kann der Anwalt Vertagung begehren, welche auch von Amtswegen erfolgen kann (§ 206).

2) Abs. 2: Wegen des Eintritts der Versäumniß gilt der strenge Grundsatz des § 209. Ein Antrag ist nicht erforderlich, wohl aber eine Aufforderung des Gerichts, ehe eine unterbliebene Erklärung als Eidesweigerung gilt (§ 420). Ueber die Folge s. § 429 Abs. 2; vgl. jedoch §§ 418 Anm. 3, 419. Auch die unvollständige Erklärung gilt als Verweigerung (Wilm. Levy Anm. 3), dagegen nicht die Erklärung, einen als Wahrheitseid zugeschobenen (und in dieser Form abzuleistenden) Eid in Ueberzeugungsform ableisten zu wollen (OLG. Kiel in D. J. Ztg. 1883 S. 60).

Die unterbliebene oder verweigerte Erklärung kann in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (§ 493). Wegen Geltung der in erster Instanz abgegebenen Erklärungen für die Berufungsinstanz s. § 495.

3) Das Verfahren über die Einwendungen kann sich zu einem Zwischenstreit gestalten; vgl. § 275 Anm. 1.

4) Wegen der Widerruflichkeit s. §§ 419 Abs. 2, 422, 423, 432.

§ 418.

1) An Stelle des § 418 enthielten die Entwürfe II u. III in unmittelbarem Anschlusse an § 412 nachstehende Vorschrift:

> „Wird Beweis bezüglich einer Thatsache von derselben Partei durch Eideszuschiebung und durch andere Beweismittel, oder von der einen Partei durch Eideszuschiebung, von der anderen Partei durch andere Beweismittel angetreten, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt."

In der ersten und zweiten Lesung der RTK. unbeanstandet, hat dieselbe erst von der Redaktions-Kommission, namentlich in Folge der Debatte über § 419, ihre jetzige Gestalt und Stellung erhalten.

2) Zunächst gestattet § 418 im Gegensatz [zum] N. E. und dem sächs. Prozeßrecht, dagegen in Uebereinstimmung mit dem gem. und preuß. Recht, den neueren Gesetzgebungen (vgl. Busch im civ. Arch. 48 S. 400 ff.) und dem 8. D. Juristentage (vgl. Verh. I S. 69 ff., II S. 280 ff., 329) die Verbindung der Eideszuschiebung mit anderen Beweis-

mitteln. Der Sache nach kennt die CPO. also die eventuelle Eideszuschiebung. Das Gesetz vermeidet aber — abweichend von den Entwürfen — die Hervorhebung eines Unterschiedes zwischen einer prinzipalen (unbedingten) und einer eventuellen Eideszuschiebung. Denn jede Verbindung der Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln gilt als eine bedingte (eventuelle), und die Eventualität bedarf nicht einmal des besonderen Ausdrucks. Auch die ohne Vorbehalt erfolgte Eideszuschiebung kann, wie aus der neuen Fassung erhellt, durch die spätere Geltendmachung anderer Beweismittel seitens des Deferenten selbst nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung zur bedingten werden. Die auf einer entgegengesetzten, die Vertragsnatur des zugeschobenen Eides betonenden Auffassung beruhenden Anträge der Regierungen (Einschaltung eines Paragraphen dahin:

> „Durch die Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel ausgeschlossen, sofern nicht der Eid nur für den Fall zugeschoben oder als zugeschoben anzusehen ist, daß die Antretung des Beweises durch andere Beweismittel erfolglos bleibt."

und entsprechende Aenderung von § 422) wurden bei der Revision der zweiten Lesung von der RTK. abgelehnt. Gleichviel ob die Verbindung sogleich oder später erfolgt ist, es bleibt die Eideszuschiebung zunächst noch wirkungslos. Auf den zugeschobenen Eid kommt es erst an, wenn die anderen Beweismittel kein dem Beweisführer günstiges Resultat geliefert haben. Der Eintritt dieser Bedingung entscheidet sich erst nach erfolgter Beweisaufnahme, bzw. wenn die Beweisantretung zu keiner Beweisaufnahme führt, z. B. wegen Unzulässigkeit der Beweismittel, erfolgreicher Weigerung von Zeugen oder sonstiger Unausführbarkeit der Beweisaufnahme, sobald dieser Umstand sich herausstellt (v. Bülow Anm. 4). Der Deferent hat nunmehr selbst zu erwägen, ob er den Eid definitiv antragen will. Ohne eine Wiederholung der Eideszuschiebung ist der Gegner zur Erklärung nicht verpflichtet (§ 419 Abs. 1). Ja, die Beweismittelnatur des Eides überwiegt hier so sehr, daß von einem „Widerruf" der Zuschiebung vor dem Urtheile (vgl. §§ 432, 433 Abs. 2) überhaupt nicht die Rede ist, die Zuschiebung vielmehr, sobald andere Beweismittel aufgenommen werden, als erledigt (nicht blos als suspendirt) angesehen wird, mag der Eid auch (bedingt) angenommen oder zurückgeschoben sein (vgl. § 423 Anm. 1.) [S. auch RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 59 und in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1105, Petersen §§ 418, 419 I 1, II 1, Seuffert § 416 Anm. 2, Sarwey I S. 591, Puchelt II S. 263 und jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2. Kleiner II S. 431 beschränkt dies auf den Fall, wenn der Eid noch nicht angenommen ist. Gaupp II S. 395, Endemann II S. 324, 327, Hellmann II S. 322 u. Birkmeyer im Rechtslexikon III S. 546 halten die Eideszuschiebung nur für widerruflich.]

3) Um die Rechtsgleichheit der Parteien zu wahren und die Zahl der Eide zu vermindern, ist die Subsidiarität der Eideszuschiebung auch nach der Seite des Gegners hin vollständig durchgeführt. Der letztere kann bei gleichzeitiger Annahme oder Zurückschiebung des — gleichviel ob mit oder ohne Vorbehalt zugeschobenen — Eides oder ohne dieselbe (vgl. § 419) oder selbst nach derselben bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, andere Beweismittel anbieten und dadurch den Eid in die zweite Linie zurückdrängen. Wie die Zuschiebung, so ist in solchen Fällen auch die Annahme und Zurückschiebung (nicht auch die Eidesweigerung; diese bleibt bestehen — vgl. auch Gaupp II S. 394, 396, Sarwey I S. 593 u. A.) des Eides nur eine bedingte, insofern es zunächst auf jene anderen Beweise ankommt und bei deren Aufnahme die Annahme bzw. Zurückschiebung widerrufen werden kann (§ 419 Abs. 2); die neue Fassung des § 418 stellt dies klar. Hiermit ist der Gedanke der „Gewissensvertretung" aufgenommen (vgl. Hann. Prot. VIII S. 2904 ff., H. E. § 434, Württ. PO. Art. 579); dagegen ist der Ausdruck vermieden, um die Fortpflanzung der mit diesem Institut des gem. und des preuß. Prozeßrechts (Wetzell S. 288, Renaud S. 391 ff., Busch a. a. O., Preuß. AGO. I 10 §§ 255, 266, 287, 294, Koch, Preuß. Civ.-Proz. S. 482 ff.) verbundenen Kontroversen zu verhüten. Der Beweisantritt von Seiten des Gegners hat also

§ 419. Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist.

Sind andere Beweise aufgenommen, so kann die vorher abgegebene Erklärung widerrufen werden.

N. Entw. — Entw. I. § 387. Entw. II. § 398. Entw. III. § 404. Mot. S. 281, 282. Prot. S. 167—169, 690—693, 733, 735.

hier dieselbe Bedeutung, wie die Geltendmachung anderer Beweismittel seitens des Deferenten (Anm. 2). Nur, wenn der Beweis vollständig mißlingt, kommt es auf die (zu wiederholende) Eideszuschiebung an. Die Annahme und Rückschiebung braucht jedoch niemals wiederholt zu werden (vgl. § 419 Anm. 2; s. v. Bülow Anm. 3).

4) Die endgültige Zuschiebung kann, mag eine eventuelle Zuschiebung bereits vorangegangen sein oder nicht, unter dem Vorbehalt geschehen, daß die anderen Beweismittel nicht einmal soviel für den Deferenten erwiesen haben, um diesen zum richterlichen Eide zu verstatten [vgl. Wetzell S. 286, Renaud S. 396, Plenar-Präj. Nr. 1563 d. preuß. OT. (Entsch. 10 S. 327)]. Ist letzteres der Fall, so ist die Bedingung defizient. Anders, wenn nur für das Gegentheil des Beweissatzes einiger Beweis geführt ist (Wetzell S. 287). [A. M. Kuhn in Gruchot, Beitr. XXVI S. 46 ff. Dieser übersieht jedoch, daß von einem Erfolge der Beweisantretung nicht die Rede sein kann, wenn dieselbe höchstens zum richterlichen Eide über die Gegenbehauptung des Delaten führen könnte, da ein solcher Eid völlig unerheblich erscheint. Denn wenn derselbe ausgeschworen wird, macht er die Ableistung des — weiter greifenden — zugeschobenen Eides nicht überflüssig, und wenn er verweigert wird, tritt dasselbe ein, was geschehen wäre, wenn der zugeschobene Eid sogleich in Betracht gezogen wäre, da derjenige, welcher jenen nicht leisten kann, ebensowenig diesen leisten kann.] Ist das Gegentheil vollständig erwiesen, so gilt die Eideszuschiebung gleichfalls als elidirt (§ 411). Dasselbe gilt rücksichtlich der Annahme und Zurückschiebung.

Die Voraussetzung, daß nicht auf einen richterlichen Eid erkannt wird, versteht sich auch ohne besonderen Ausdruck von selbst (Seuffert Anm. 4, § 437 Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Petersen §§ 418, 419 I 2, Endemann II S. 350, Sarwey I S. 591 u. A. A. M. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 318 Anm.**).

„Dem richterlichen Eide gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Mag der zurückgeschobene Eid angenommen oder zurückgeschoben sein — in keinem dieser Fälle ist der Richter gehindert, von der ihm durch den § 437 ertheilten Befugniß Gebrauch zu machen." (Mot. S. 237.)

5) Ueber die Bedeutung des § 418 für die Berufungsinstanz vgl. § 432 Anm. 4.

§ 419.

1) § 419 steht in enger Verbindung mit § 418. Der Abs. 1 bildete in den Entwürfen II und III den dritten Abs. von § 417 (ähnlich dem Entw. I) in folgender Fassung:

„Ist der Eid nur für den Fall zugeschoben oder als zugeschoben anzusehen, daß die Aufnahme anderer Beweismittel erfolglos beiben werde, so ist die Erklärung über die Eideszuschiebung spätestens in demjenigen Termine abzugeben, in welchem über das Ergebniß der anderen Beweise verhandelt wird."

Schon in der ersten Lesung der RTK. wurde die Bestimmung auf Antrag des Abgeordneten v. Forcade am Schlusse dahin modifizirt:

— „bleiben werde, so ist die Partei nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis diese nach Aufnahme der anderen Beweismittel wiederholt ist."

Man wollte den Delaten nicht unbedingt nöthigen, sich „spätestens" in dem Termine, worin über das Ergebniß der anderen Beweismittel verhandelt wird, zu erklären, sondern nach richterlichem Ermessen Vertagung zu diesem Zwecke gestatten, z. B. wenn der Anwalt

§ 420. Wegen unterbliebener Erklärung auf eine Eideszuschiebung kann der Eid nur dann als verweigert angesehen werden, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über den Eid aufgefordert ist.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 169, 170, 733, 735.

§ 421. Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als von dem Beweisführer angenommen.

N. Entw. § 623. Entw. I. § 388. Entw. II. § 399. Entw. III. § 405. Mot. S. 282. Prot. S. 170, 733, 736.

---

noch mit dem Mandanten, welcher de credulitate zu schwören habe, über das Resultat der Beweisaufnahme Rücksprache nehmen wolle. Außerdem bezweckte der Antragsteller, es noch klarer auszusprechen, daß der Delat über einen vor der Beendigung der Beweisaufnahme eventuell zugeschobenen Eid auf keinen Fall eher sich zu äußern brauche, als nicht der letztere definitiv angetragen sei (vgl. § 418 Anm. 1, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 59).

Der Eingang ist nunmehr im Hinblick darauf, daß jede Eideszuschiebung als eventuelle gilt, bei der Redaktion entsprechend verändert. Ihr Charakter als eventuelle tritt aber freilich erst hervor, nachdem andere Beweismittel wirklich geltend gemacht sind. So lange dies nicht geschieht, hat sich der Delat nach § 417 sogleich zu erklären. Ob der Deferent oder der Delat die anderen Beweismittel geltend macht, ist gleichgültig; letztere müssen sich aber auf dieselbe Thatsachen beziehen wie die Eideszuschiebung (Seuffert Anm. 2).

2) Abs. 2 steht gleichfalls mit dem Charakter der Eideszuschiebung als einer eventuellen in Einklang. Das neue Beweismaterial kann Zweifel hervorrufen über die Angemessenheit der abgegebenen Erklärung. Deshalb soll ausnahmsweise (s. § 423) dem Erklärenden die Möglichkeit gegeben werden, mittelst des Widerrufs der Erklärung, d. h. der Annahme oder Zurückschiebung (vgl. § 418 Anm. 3), die Bedingung, unter der er früher seine Erklärung abgegeben, für nicht eingetreten zu erklären. Die Vergleichsnatur ist hier ganz abgestreift (vgl. § 418 Anm. 1). Der Nachdruck liegt auf „aufgenommen"; das bloße Anbieten („Geltendmachen") oder die anderweite Erledigung von Beweismitteln steht nicht auf gleicher Linie. (Zustimmend Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Hellmann II S. 330, Sarwey I S. 593 u. A.) Selbstverständlich müssen sich die aufgenommenen Beweise auf dieselbe Thatsache beziehen (s. Anm. 1). Dagegen ist es nicht erforderlich, daß dieselben irgend ein positives Ergebniß geliefert haben (s. Seuffert a. a. O.).

Eines Widerrufs der Eideszuschiebung bedarf es nicht (§§ 418 Anm. 2 a. E., 423 Anm. 1).

3) Wegen eines den Eid auferlegenden bedingten (End- oder Zwischen-) Urtheils s. § 432 Anm. 1.

§ 420.

1) Die Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr eingeschaltet, um zu verhüten, daß der Partei ein Rechtsnachtheil erwachse, wenn sie oder ihr Anwalt zufällig vergessen habe, sich auf den Eid zu erklären, was gerade bei Eiden häufiger vorkomme, als bei Thatsachen oder Urkunden. Vgl. § 468 Anm. 1.

Wegen der Feststellung der Aufforderung zu Protokoll gilt dasselbe wie im Falle des § 468. Nach Analogie des § 270 Abs. 2 ist diese Art der Feststellung auf Antrag nicht zu verweigern; eventuell muß die Feststellung auch im Thatbestande erfolgen. (S. § 468 Anm. 2; Sarwey I S. 593. Vgl. auch Endemann II S. 325, welcher § 150 anwenden will. Gegen obligatorische Feststellung zu Protokoll s. Seuffert Anm., Gaupp II S. 397, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Hellmann II S. 331.)

2) Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Erklärung in den Fällen der §§ 417—419 ganz unterbleibt oder unvollständig ist (§ 417 Anm. 2), nicht auf den, wenn unzulässigerweise eine Zurückschiebung erfolgt (Puchelt II S. 261).

§ 421.

Die Bestimmung wendet sich gegen Preuß. AGO. I 10 § 296 und Württ. PO. Art. 580.

§ 422. Die Zurückschiebung des Eides kann außer dem Falle des §. 419 Abs. 2 widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenntniß erlangt habe.

N. Entw. — Entw. I. § 389. Entw. II. § 400. Entw. III. § 406. Mot. S. 282. Prot. S. 170, 171, 689—693, 733, 736.

§ 423. Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann außer den Fällen des §. 419 Abs. 2 und des §. 422 nicht widerrufen werden.

N. Entw. § 619. Entw. I. § 389. Entw. II. § 400. Entw. III. § 406. Mot. S. 282. Prot. S. 170, 171, 689—693, 733, 736.

Schon in der Zuschiebung liegt die Erklärung, den Eid, wenn er zurückgeschoben werde, leisten zu wollen. Die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zurückschiebung (§ 413) gehen dem Deferenten nicht verloren.

§ 422.

1) Diese Ausnahme von dem Grundsatze des § 423 beruht auf der Annahme eines wesentlichen Irrthums. Die Zurückschiebung ist nicht ungültig (vgl. §§ 410 Anm. 5, 413), sondern nur widerruflich (anfechtbar). Wegen des Falles, wenn der Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt ist, vgl. § 432.

2) — „wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht“ — Der Ausdruck ist nicht ganz deutlich. Die Mot. bemerken:

> „Der Ausdruck „wissentliche Verletzung der Eidespflicht“ hat in Ermangelung eines besseren sowohl hier wie an anderen Stellen des Entwurfs, §§ 428, 433, 439, 543 Nr. 1—3, gewählt werden müssen; der Ausdruck „Meineid“ würde mit Rücksicht auf die Bestimmungen des deutschen StrGB. (§§ 153—163) zu Zweifeln Veranlassung geben können, da nach Maßgabe dieser Vorschriften der Ausdruck „Meineid“ in einem weiteren und in einem engeren Sinne verstanden werden kann, je nachdem er die Fälle des wissentlich falschen Eides und der wissentlich falschen Versicherung an Eidesstatt (§§ 153—158), des falschen Eides (§ 160) und des aus Fahrlässigkeit falsch geleisteten Eides (§ 163) sämmtlich oder nur einzelne derselben umfaßt.“

Da nur von wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Rede ist, so scheiden (anders als in §§ 428 Abs. 2, 543 Nr. 1, 3) die Fälle des StrGB. §§ 160, 163 aus, nicht aber die von den Mot. unerwähnt gelassenen Fälle der §§ 159, 162. (So auch Endemann II S. 326 Anm. 1; Siebenhaar S. 445, Gaupp II S. 399 und Uebel I S. 391 Anm. 9 rechnen nur die §§ 153—158, Kleiner II S. 430 die §§ 153—159, Seuffert Anm. 3 die §§ 153—158, 162, Petersen §§ 422, 423 Nr. 3 die §§ 153—158, 161, 162, Sarwey I S. 594, 595 und Wilm. Levy Anm. 1 die §§ 153—160, 162 hierher.)

3) Wegen der Folgen des Widerrufs s. § 433 Abs. 2.

4) Ist der Eid bereits geleistet, so ist noch Restitutionsklage wegen dieses Eides zulässig (§ 543 Nr. 1).

§ 423.

1) In der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit kann man einen Rest der Vertragsnatur des zugeschobenen Eides erblicken. Nach dem in erster und zweiter Lesung der RTK. angenommenen § 406 d. Entw. sollte auch der Widerruf der Zuschiebung nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung unzulässig sein. Nachdem aber durch die neue Fassung und Stellung des § 418 der eventuelle Charakter der Eideszuschiebung scharf ausgeprägt worden ist, wurde der Grundsatz der Unwiderruflichkeit für die Eideszuschiebung entbehrlich. Die Beweismittelnatur des Eides ist dadurch wesentlich verstärkt und die Widerruflichkeit selbst eines bereits angenommenen oder zurückgeschobenen Eides in dem Maße selbstverständlich geworden, daß es im Falle der Aufnahme anderer Beweismittel (§§ 418, 419) nicht einmal eines Widerrufs bedarf (vgl. § 418 Anm. 2. Bedenken s. bei Endemann II S. 327, 328). Abgesehen von letzterem Falle kann

§ 424. Ueber eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ueber andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

N. Entw. § 616. Entw. I. § 391. Entw. II. § 404. Entw. III. § 410. Mot. S. 283, 284. Prot. S. 177—179, 554, 733, 736.

---

der Widerruf bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Selbst im Falle eines auf Abnahme des Eides gerichteten Beweisbeschlusses kann dieses Beweismittel noch zurückgezogen werden (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Endemann II S. 328). Anders im Falle eines bedingten Zwischen- oder Endurtheils. Auch hier aber gelten Ausnahmen (vgl. §§ 432, 433 Abs. 2).

2) Dagegen bleibt der Grundsatz schon als praktische Konsequenz des § 417 noch von Bedeutung für die Annahme (diese ist nur im Falle des § 419 Abs. 2 widerruflich) und Zurückschiebung, welche in den Fällen der §§ 419 Abs. 2, 422, 432 widerruflich ist. Seine Aufrechterhaltung dient hier zur Verhütung von Prozeßverschleppungen und Chikanen.

§ 424.

1) Abs. 1 und 2 handeln von der Norm der Eide über Handlungen oder Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen, Abs. 3 von Eiden über andere Thatsachen. Darüber, ob der Fall des Abs. 1 oder der des Abs. 3 vorliegt, entscheidet zunächst die Behauptung des Deferenten (vgl. § 410 Anm. 3). Leugnet aber der Schwurpflichtige die eigene Wahrnehmung, so kann er gegen Gewissensbedrückungen durch Anwendung des Abs. 2 geschützt werden.

2) — „daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei" — Diese Worte bedeuten nur, daß der Eid als Wahrheitseid abzuleisten ist, brauchen aber nicht wörtlich in die Eidesformel aufgenommen zu werden (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, O.L.G. Celle in D. J. Ztg. 1881 S. 297. A. M. H. Meyer, Anl. z. Prozeßpraxis §§ 9 a. E., 17).

Die Ausnahme von der in Abs. 1 enthaltenen Regel des Wahrheitseides (der Ueberzeugungseid), welche das Gericht auf Antrag (des Schwurpflichtigen) nach Abs. 2 unter einer doppelten Voraussetzung zulassen kann, soll dazu beitragen, die Gewissenhaftigkeit zu fördern und gegen Chikane zu schützen. Der Antrag muß in der mündlichen Verhandlung gestellt werden, auf welche das bedingte Urtheil ergeht. Im Falle eines Beweisbeschlusses kann derselbe auch nachträglich gestellt werden. (Ebenso Seuffert Anm. 3, Sarwey I S. 596, 597, Gaupp II S. 401.)

3) „Ist — behauptet" — Hat der Schwurpflichtige selbst die Behauptung aufgestellt, — was bei einer Zurückschiebung des Eides an den Behauptenden der Fall — so ist nur der Wahrheitseid zulässig.

4) — „und kann — beschwöre" — Ob diese zweite Voraussetzung vorliegt, unterliegt richterlicher Prüfung nach den Umständen des Falles. Die „Zumuthung", den Wahrheitseid zu leisten, wird in allen Fällen festzuhalten sein, sofern nicht besondere Umstände die Forderung eines solchen als Gewissenszwang erscheinen lassen. Die Mot. bemerken Folgendes:

„Gehört z. B. die zum Eide gestellte Handlung oder Wahrnehmung des Delaten

§ 425. Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen.

Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

N. Entw. § 624. Entw. I. § 390. Entw. II. § 401. Entw. III. § 407. Mot. S. 282, 283. Prot. S. 173—177, 733, 736.

---

einer entfernten Zeit an, oder betrifft sie eine Thatsache, deren Erheblichkeit nicht vorauszusehen war, so mag die Partei zwar von der Unrichtigkeit der Behauptung des Gegners überzeugt sein, gleichwohl aber Bedenken tragen, die Unrichtigkeit der Thatsache, welche ihrem Gedächtnisse entschwunden und für sie gleichsam zu einer fremden geworden ist, zu beschwören."

Immer werden solche Bedenken mit großer Vorsicht aufzunehmen sein, da sich hinter dem Ueberzeugungseide manche Leichtfertigkeit verbergen kann, wenngleich hier positiv nicht blos die Bemühung, sondern auch die erlangte Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der gegnerischen Behauptung (je nach deren logischen Form) beschworen werden muß (anders als in Abs. 3). Immer setzt die Bestimmung voraus, daß es an dem Erforderniß des § 410 nicht fehlt (RG. X S. 324). [Die Fassung des Abs. 2 tadeln Fitting § 55 Anm. 10, Eck im Rechtslex. I S. 613 und Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 339; s. aber Bolgiano das. V S. 196 ff.]

5) Abs. 3: „Ueber andere Thatsachen" — also über Handlungen bzw. Wahrnehmungen anderer Personen, d. h. hauptsächlich (vgl. §§ 415, 437, 439) entweder des Gegners des Schwurpflichtigen (im Falle der Zurückschiebung) oder eines Rechtsvorgängers oder Vertreters — vgl. §§ 410, 413. Gegenüber mannichfachen Kontroversen (für das gem. Recht vgl. Zimmermann, Glaubenseid S. 414 ff., Wetzell S. 264 ff., Renaud S. 367) hat die CPO. sich im Anschluß an P. E. § 520 und N. E. §§ 616, 635 für eine über Ignoranz- und Glaubenseid hinausgehende verschärfte Norm des Ueberzeugungseides entschieden (vgl. § 391 Anm. 2, Hann. Prot. VIII S. 2835 ff., 2920 ff.). Wenn ein Schwurpflichtiger, welchem ein richterlicher Wahrheitseid auferlegt war (vgl. §§ 437, 439), stirbt (vgl. § 433), so kann dem Erben ein Ueberzeugungseid auferlegt werden (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 60).

6) — „nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung" — vgl. auch Abs. 2. Dieser Passus erhebt den Eid insoweit zum Wahrheitseide, als es sich um die Versicherung, eine sorgfältige Prüfung und Erkundigung angestellt zu haben, handelt. Eine solche wird regelmäßig nöthig oder doch möglich sein. (Der Ueberzeugungseid kann daher auch fahrlässig falsch geschworen werden — s. RG. i. Str.S. XII S. 58.) Das richterliche Fragerecht (§§ 130, 442) wird sich auch auf diesen Punkt zu erstrecken haben. Verneint der Befragte die Erkundigung, so ist das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als richtig anzunehmen. Die Verhandlung deshalb zu vertagen (wie Kleiner II S. 433 will), ist der Richter nicht befugt. Indessen ist nicht gerade Erkundigung bei Dritten nöthig; die Erkundigung kann vielmehr auch in der Durchforschung von Papieren usw. bestehen.

7) — „die Ueberzeugung — Thatsache wahr sei" — Hat der Beweisführer zu schwören, so muß er positiv seine Ueberzeugung von der Wahrheit seiner Behauptung erhärten. Der Gegner des Beweisführers hat dagegen gewissermaßen nur seine bona fides darzuthun; es genügt, wenn er schwört, daß er nicht überzeugt sei; er braucht nicht zu schwören, daß er von der Unwahrheit überzeugt sei. In der RTK. herrschte hierüber allseitiges Einverständniß.

§ 425.

Literatur: Boas: das Verfahren bei bedingtem Endurtheil, in Gruchot, Beitr. XXV S. 563 ff.; Jastrow das. XXVII S. 769 ff.; Struckmann in Böhiker, Mag. III S. 307 ff.

1) Während der N. E. die Frage, ob der Eid durch bedingtes Endurtheil oder durch Beweisbeschluß aufzuerlegen sei, dem Ermessen des Gerichts überläßt, hat sich die CPO. „aus Rücksicht auf die Behandlung des Eides als eines subsidiären Beweismittels und auf die im Interesse der Heilighaltung des Eides gebotene Vermeidung nutzloser widersprechender Eide"

§ 426. Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides

---

(Mot.) für die erste Alternative als Regel entschieden. [Ein Verstoß ist bei der nächsten mündlichen Verhandlung zu rügen (s. §§ 267, 492; RG. III S. 365).] Von der Annahme oder Zurückschiebung darf das bedingte Endurtheil nicht abhängig gemacht werden; die Erklärung über den Eid muß vielmehr vorangehen (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 345, 40 Nr. 70). Wenn die Ableistung unrichtig durch Beweisbeschluß angeordnet war, kann der Deferent in zweiter Instanz neuen Beweis antreten; liefert diese aber kein Resultat, so bewendet es bei der Eidesleistung, welche nicht zu wiederholen ist (s. RG. IX S. 343 und in Seuffert, Arch. 38 Nr. 356). Wegen der Ausnahmen von der Regel des § 425 s. § 426 Anm. 1.

Kommt es auf mehrere Eide an, von denen einer oder einzelne nicht bloß alternativ zu leisten sind, sondern in einem präjudiziellen Verhältnisse zu den anderen stehen, so kann es zweckmäßig sein, ausnahmsweise zunächst nur auf jene zu erkennen. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist jedoch sehr bedenklich, da das Urtheil in diesem Falle nur zum Theil Endurtheil sein, zum anderen aber ein Zwischenurtheil oder einen Beweisbeschluß enthalten würde. Ebenso ist es höchst zweifelhaft, ob das Urtheil unter Umständen, z. B. wenn die Leistung eines jedenfalls präjudizirlichen Eides den ganzen Rechtsstreit beseitigen, im Falle der Nichtleistung dagegen noch eine umfassende Beweisaufnahme erforderlich sein würde, sich ausnahmsweise darauf beschränken darf, die Folgen der Leistung auszusprechen und die Folgen der Nichtleistung von der weiteren Verhandlung abhängig zu machen. Die Praxis des Reichsgerichts hat sich — wohl mit Recht — für die Verneinung entschieden, da die CPO. das von Preuß. AGO., P. E. u. Entw. I—III abweichende System des R. E. nicht angenommen habe und ein dagegen verstoßendes Urtheil sich im Widerspruch mit §§ 272, 427 befinde (Verein. Civ.Senate in RG. VII S. 421 ff.; s. auch RG. V S. 347, VI S. 423, 427 ff.; Seuffert § 427 Anm. 1, Wilm. Levy § 427 Anm. 1, Petersen §§ 425—427 II 1 u. A. A. M.: frühere Aufl., Sarwey I S. 600, Puchelt II S. 267 u. A.). Eine Entscheidung, welche nur in dem einen oder anderen Falle einen Beweis als erbracht bezeichnet, ist nicht bindend (RG. VI S. 325). Hat das Gericht nicht für beide Fälle die Folgen festgestellt, so ist ein solches Urtheil gleichwohl ein bedingtes Endurtheil im Sinne der §§ 425, 472, 507 und kann mittels Berufung (und Revision) behufs Aufhebung und Rückverweisung der Sache zu anderweiter korrekter Entscheidung angefochten werden [s. RG. VII S. 427 ff. (verein. Civ. Sen.), VI S. 423 und in Seuffert, Arch. 39 Nr. 253, OLG. Braunschweig das. 38 Nr. 179, ob.LG. f. Bayern das. 38 Nr. 275; Wilm. Levy Anm. 1., Brettner in Böhiker, Mag. V S. 304 ff. A. M.: RG. V S. 350, VI S. 430, Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVII S. 819; Seuffert a. a. O.].

2) Abs. 2 ist eine Konsequenz des Abs. 1, welcher ohne dieselbe seinen Zweck verfehlen würde. Die Bestimmung steht in enger Verbindung mit dem Institut der Berufung und dem beneficium novorum. Vgl. § 472 Anm. 3. Auch eine vorläufige Vollstreckbarkeit ist hiernach nicht möglich (vgl. § 644 Anm. 1 u. 5; s. auch Gaupp II S. 403). Entsprechend dem Grundsatze des § 119, von welchem hier nicht, wie in den Fällen der §§ 46, 48, 99 usw., eine ausdrückliche Ausnahme gemacht worden ist (vgl. § 119 Anm. 4), ist vor der Eidesleistung noch eine mündliche Verhandlung erforderlich, insbesondere — abgesehen von Zwischenstreiten (§§ 331, 431) — darüber, ob das bedingte Endurtheil rechtskräftig geworden ist, und vor welchem Gericht die Eidesleistung erfolgen soll. (Vgl. auch Gaupp II S. 406, 433, 434; Seuffert Anm. 3; Struckmann a. a. O. S. 307 ff. A. M. Boas a. a. O. Gegen den in diesem Termine nicht erschienenen Schwurpflichtigen kann daher nicht auf Grund des § 430 ein Versäumnißurtheil erlassen werden (Struckmann a. a. O. S. 317, LG. Berlin I in Busch, Zeitschr. VIII S. 287. A. M. Mücke das.). Wegen der Terminsbestimmung und Ladung vgl. § 427 Anm. 2.

3) Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 24 (vgl. RG. XI S. 381), GO. f. RA. §§ 13 Nr. 4, 17, 21, 29, 45.

einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

N. Entw. § 624. Entw. I. § 390. Entw. II. § 402. Entw. III. § 408. Mot. S. 282, 283. Prot. S. 173—177, 733, 736.

§ 426.

Literatur: Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXVII S. 178 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 591 ff.

1) Der vorliegende Paragraph enthält drei Ausnahmen von der Regel des § 425; die vierte s. in § 558 Abs. 4. Das Gericht hat in jenen drei Fällen zu ermessen, („kann"), ob nicht überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe für einen Beweisbeschluß, also für die sofortige Abnahme des Eides sprechen. (Vgl. Wach, Vortr. S. 172, 173.)

„Derselbe" (der § 426) „ertheilt dem Gerichte die Befugniß, nach seinem Ermessen die Leistung des Eides statt durch bedingtes Endurtheil durch Beweisbeschluß anzuordnen (§ 324 Nr. 4):

1. wenn die Parteien über die rechtliche Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden sind,
2. wenn der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits dient,
3. wenn die Entscheidung über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel von einem Eide abhängt.

Um der Bestimmung des § 137 die volle praktische Bedeutung zu sichern, war es erforderlich, im Falle Nr. 3 auch die Anordnung der Leistung durch bedingtes Zwischenurtheil zu gestatten. Denn andernfalls müßte vielfach die zur Theilung und Vereinfachung des Stoffes der mündlichen Verhandlung vorweg erfolgte Instruktion und Beweisaufnahme über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ohne Nutzen bleiben." (Mot.)

Der Beweisbeschluß enthält die Eidesnorm (§ 324 Nr. 4) und den Schwurtermin (vgl. § 427 Anm. 2). Einer besonderen Ladung der schwurpflichtigen Partei zu demselben bedarf es nicht (§ 195). Wegen der Urtheile s. § 427 Abs. 1 u. Anm. 2.

2) „Sind die Parteien — einverstanden" — In diesem Hauptfalle sind die Gefahren und Nachtheile, welchen die Regel des § 425 entgegenwirken soll (s. das. Anm. 1), nur äußerst selten vorhanden. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß keine der Parteien über dieselbe Thatsache einen richterlichen Eid beansprucht, überhaupt, daß beide über die unbedingte Erheblichkeit des Eides (nicht bloß der Thatsache, sondern auch über die Beweislast) einig sind (vgl. Hoffmann a. a. O. S. 187), wobei jedoch nicht gerade eine ausdrückliche Vereinbarung vorausgesetzt wird (vgl. § 415 Anm. 3. A. M.: Sarwey I S. 599 Anm. 2, Hoffmann a. a. O. S. 181, welcher sie rücksichtlich der Eidesnorm, nicht rücksichtlich der Erheblichkeit verlangt). In den Fällen der §§ 418, 419, 422, 433 ist die Bestimmung mithin unanwendbar. (So auch Hoffmann a. a. O. S. 179 ff., 187 ff.) Das Gericht ist jedoch nach allgemeinen Grundsätzen auch nach Verkündung des Eidesbeweisbeschlusses an denselben nicht gebunden. (So auch Gaupp II S. 404 u. A. A. M. Hoffmann a. a. O. S. 181, 191 a. E.)

Der s. g. Vergleichseid erscheint auch nach § 426 Abs. 1, welcher stets eine förmliche Eideszuschiebung voraussetzt, nicht zulässig (vgl. oben S. 468, § 415 Anm. 5).

3) — „oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits" — Gerade hier wird häufig die Gelegenheit, durch die Eidesleistung eine schwebende Streitfrage vorab zu erledigen, für die Wahl der prozessualischen Form des Zwischenstreits von Bedeutung sein (vgl. § 275 Anm. 1, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 41, 42 Anm. 1). Ein bedingtes Zwischenurtheil kann in diesem Falle nach dem Texte wie den Mot. des § 426 (vgl. Anm. 1) nicht

§ 427. In dem bedingten Urtheil ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurtheil ausgesprochen.

N. Entw. §§ 624, 625. Entw. I. § 390. Entw. II. § 403. Entw. III. § 409. Mot. S. 283. Prot. S. 173–177, 733, 736.

---

erlassen werden; das Gericht hat vielmehr nur die Wahl zwischen dem (hier freilich selten passenden) bedingten Endurtheil und dem Beweisbeschluß. (Ebenso Endemann II S. 332, Gaupp II S. 406, Fitting § 56 Anm. 23, Wach, Vortr. S. 90, Wilm. Levy Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 2b u. A.)

4) Abs. 2: In dem hier vorausgesetzten dritten Falle (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2 a. E., Hoffmann a.a.O. S. 192 ff., Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 18 ff.) sind die beiden Formen, des Beweisbeschlusses und des bedingten Zwischenurtheils, neben einander und neben der Regel des bedingten Endurtheils (§ 425) zur Auswahl des Gerichts gestellt. Letzteres kann sich für die erstere entscheiden, gleichviel ob es demnächst ein (unbedingtes) Zwischenurtheil erläßt oder nicht (§ 275). Die Möglichkeit, den Rechtsstreit in der einen oder anderen Weise mehr zu vereinfachen, wird für das Ermessen des Gerichts meistens bestimmend sein. Die Form des bedingten Zwischenurtheils sichert die Erhaltung der Vortheile einer Trennung der Verhandlung und Beweisaufnahme auch in solchen Fällen, wo wegen Streits über die Erheblichkeit oder aus sonstigen Gründen die Abnahme des Eides zufolge Beweisbeschlusses bedenklich sein würde. Die für diesen Fall (in Satz 2) hinzugefügte Schlußbestimmung entspricht jenem für die Wahl der vorliegenden Form meistens entscheidenden Gesichtspunkte wie der Natur des Zwischenurtheils als eines bloßen Elements des Endurtheils und dem Grundsatze des § 425 Abs. 2. — Voraussetzung des Abs. 2 ist, daß mehrere („einzelne") — und zwar selbständige — Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, die sich auf einen und denselben Anspruch beziehen, streitig sind, und daß der Erfolg des einen von ihnen von der Ableistung des Eides abhängt. Ist nur eines streitig, oder bezieht sich das andere streitige auf einen anderen Anspruch, so ist nur die Form des bedingten Endurtheils zulässig. (Vgl. auch Hoffmann a. a. O. S. 201 ff.) Völlig gleichgültig ist dagegen, ob mehr als zwei Angriffs- bzw. Vertheidigungsmittel streitig, und auf welcher Seite die streitigen sind (A. M. Hoffmann a. a. O. S. 211 ff.). — Beispiele s. bei Seuffert Anm. 2c, Kleiner II S. 436. (Bedenken gegen die allerdings ziemlich schwerfällige Form des Eideszwischenurtheils macht geltend Wach, Vortr. S. 90, 91.) Im Falle des bedingten Zwischenurtheils über den Grund des Anspruchs (§ 276) muß die Eidesleistung bis nach dessen Rechtskraft ausgesetzt werden (Seuffert Anm. 2 u. a. a. O. S. 21, 22). Unzulässig ist die Verbindung von durch Eid bedingten Zwischen- und Endurtheilen (RG. V S. 347 vgl. auch § 425 Anm. 1).

§ 427.

1) Abs. 1: Während der N. E. hier das Ermessen des Gerichts walten läßt, kommt es nach der vorliegenden Bestimmung auf „die Lage der Sache" an. Ist diese so verwickelt, daß viele Eventualitäten möglich bleiben, so braucht der Richter nicht für alle Fälle zu erkennen, sondern kann die Verhandlung und Entscheidung über ferner liegende Folgen, z. B. von theilweiser Leistung oder Nichtleistung von Eiden (§§ 428, 429), bei Streitgenossenschaften (§ 434 Anm. 3) usw., vorbehalten, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. — allerdings etwas weitgehend — bemerkte. Insbesondere kann die Entscheidung über den Kostenpunkt dem späteren Urtheil vorbehalten werden (P. E. § 543, Nordd. Prot. S. 1009; s. auch Seuffert Anm. 1 a. E.). Dagegen ist es auf Grund des § 427 nicht zulässig, in der Hauptsache nur die Folgen der Eidesleistung auszusprechen und die der Eidesweigerung einem weiteren Beweisverfahren zu überlassen (vgl. § 425 Anm. 1 a. E.).

Enthält das bedingte Endurtheil die Entscheidung über den Kostenpunkt, so umfaßt die Verurtheilung in die Kosten des Rechtsstreits nicht auch Kosten einzelner Prozeßhandlungen,

z. B. des Einspruchs, welche in dem späteren Verfahren noch entstehen können und nach speziellen Vorschriften demjenigen, welcher sie verschuldet hat, zur Last fallen. (So auch H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 288.)

„In dem bedingten Urtheile" — End- (auch Theil-) oder Zwischenurtheil. Dennoch sind Abweichungen möglich in den Ausnahmefällen der §§ 431, 432. Der Beweisbeschluß hat nur die Eidesnorm, nicht die Folgen zu enthalten (vgl. § 324 Nr. 4).

— „die Eidesnorm" — Dieselbe braucht sich nicht wörtlich an die Zuschiebung anzuschließen, sondern ist auf die nach Ermessen des Gerichts erhebliche Thatsache zu richten, falls das Gericht dieselbe als mit der Zuschiebung von der Partei wirklich behauptet erachtet (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 402).

2) Abs. 2: Das „Endurtheil" tritt an die Stelle der Purifikations-Resolution (Läuterungsurtheil) des preußischen Rechts [AGO. I 10 § 377, Verordn. v. 28. März 1840 § 6 (GS. S. 102). Dasselbe setzt eine mündliche Verhandlung nach Leistung bzw. Verweigerung des Eides voraus. Die Eidesleistung selbst verliert dadurch, daß sie durch bedingtes Endurtheil angeordnet wird, nicht den Charakter der Beweisaufnahme (vgl. § 428. A.M. Brettner in Böhiker, Mag. I S. 334, 335). Freilich kann die Verhandlung, da das Gericht an das Endurtheil gebunden ist, sich nur auf wenige Punkte (s. § 425 Anm. 1) und auf die Eidesleistung bzw. -Weigerung erstrecken (sog. Nachverfahren; vgl. Mot. S. 30). Von der Anwendung der § 295 ff. kann daher in diesem Falle niemals die Rede sein, während § 228 unbedingt Anwendung findet. [Vgl. auch § 312 Anm. 1, Fitting § 56 Anm. 37, Wach, Vortr. S. 128, Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 47 ff., Voß in Gruchot, Beitr. XXIV S. 233 ff., Boas das. XXV S. 377 ff., welcher jedoch unter Beiseitesetzung des Grundsatzes des § 119 eine mündliche Verhandlung nicht für nothwendig und § 228 nicht für anwendbar hält (gegen ihn s. Struckmann in Böhiker, Mag. III S. 307 ff., und die dort angeführten Schriftsteller, Jastrow in Gruchot, Beitr. XXVII S. 709 ff., 777 ff., Barkhausen das. S. 117, Just im civ. Arch. 68 S. 109 ff.), ferner Wilm. Levy Anm. 2, S. 588, Kleiner II S. 440, Barkhausen a.a.O. S. 815 ff., jetzt auch Seuffert §§ 297 Anm. 2, 427 Anm. 3. A.M.: Hellmann II S. 343, Gaupp II S. 407, 412, Ohnsorge im civ. Arch. 66 S. 311 u. Petersen §§ 295—299 I 3, welcher Versäumnißurtheil zuläßt, wenn die Partei, gegen welche die §§ 428, 429 angewandt werden, ausbleibt].

Dagegen besteht bezüglich des Prozeßbetriebes ein wesentlicher Unterschied, je nachdem der Eid durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Urtheil auferlegt ist. In ersterem Falle erfolgt die Bestimmung des Termins nach dem das Beweisverfahren beherrschenden Grundsatze von Amtswegen in dem Beweisbeschluß (vgl. §§ 258 Anm. 2, 323, 324 Anm. 7, 326—335 Anm. 1, 2). In dem zweiten Falle dagegen kann die Bestimmung des Termins zur Abnahme des Eides und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung sowie die Ladung nur im Parteibetriebe nach Vorschrift des § 191 erfolgen (vgl. Mot. S. 157, oben S. 201, allg. Bem. z. Tit. 3 unter 2), da nur den Parteien der Zeitpunkt der Rechtskraft des bedingten Endurtheils, dessen Zustellung sie zu betreiben haben, bekannt ist; die Ladung erfolgt stets zunächst vor das Prozeßgericht; wegen der Abnahme des Eides durch einen anderen Richter s. § 441. (So auch Gaupp II S. 406, 433, Wilm. Levy Anm. 2, S. 587, Jastrow a. a. O. S. 793 ff., Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 354, XV S. 341, v. Krämel in Busch, Zeitschr. IV S. 263 ff., Struckmann a. a. O. S. 316 ff., Just a. a. O. S. 117 ff. A. M. Boas a. a. O. S. 570 ff., welcher stets durch den Richter laden will, wenngleich nur auf Antrag einer die Rechtskraft nachweisenden Partei.) Wegen des bedingten Zwischenurtheils s. § 426 Abs. 2 a. E.

3) Wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Endurtheils vgl. § 648 Nr. 2, wegen der Rechtsmittel § 472 Anm. 3.

Hinsichtlich der Gebühren s. § 425 Anm. 3.

§ 428. Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

Der Beweis des Gegentheils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urtheil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

N. Entw. § 617. Entw. I. § 392. Entw. II. § 405. Entw. III. § 411. Mot. S. 285. Prot. S. 179, 373, 736, 737.

§ 429. Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides.

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.

N. Entw. § 615. Entw. I. § 393. Entw. II. § 406. Entw. III. § 412. Mot. S. 285. Prot. S. 179, 733, 737.

---

§ 428.

1) Die gesetzliche Beweisregel des § 428 (vgl. § 259 Anm. 3) entspricht der Vergleichsnatur der Eideszuschiebung. Sie gilt aber nur für denselben Prozeß. In einem späteren Prozesse kommt auch über die Bedeutung der Leistung, Verweigerung und Erlassung des Eides der § 259 zur Geltung (RG. XI S. 420 u. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 218, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2 u. § 429 Anm. 2. A. M. OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 105). Dagegen behält ein im Urkundenprozesse geleisteter Eid seine Bedeutung nach Umleitung der Sache in das ordentliche Verfahren, weil letzteres nach § 563 einen gesonderten Prozeß nicht bildet (RG. XIII S. 399, XIV S. 219).

2) — „der beschworenen Thatsache" — also, wenn Delat schwört, des Gegentheils des Beweissatzes.

3) Abs. 2: Ist ein rechtskräftiges Urtheil auf Grund des Eides ergangen, so ist nur die Restitutionsklage (§ 543 Nr. 1) zulässig; andernfalls kann der „Beweis des Gegentheils" (vgl. § 255 Anm. 4) auch in demselben Prozesse, aber nur unter den gleichen materiellen Voraussetzungen geführt werden (§§ 543 Nr. 1, 544, 545). Als Beweismittel ist auch der richterliche Eid zulässig (RG. XIV S. 328). Nicht blos „wissentliche" (vgl. § 422 Anm. 2), sondern auch fahrlässige Verletzung der Eidespflicht kommt in Betracht. Die Schadensersatzklage des bürgerlichen Rechts ist nicht ausgeschlossen (wie Siebenhaar S. 449 ohne Grund annimmt).

4) Der § 428 gilt auch, soweit der Schiedseid überhaupt zulässig ist, im Eheprozeß und in sonstigen Offizialsachen (vgl. Seuffert Anm. 4); wegen des Entmündigungsverfahrens s. jedoch § 611 Abs. 2.

§ 429.

1) Auch dieser mit § 428 in Verbindung stehende Paragraph enthält gesetzliche, die freie Beweiswürdigung ausschließende Beweisregeln. Zur Erlassung sowie zur Erklärung, daß der Eid verweigert werde, ist auch der Bevollmächtigte befugt (§ 77 Anm. 2). Im Falle der Erlassung wie der Verweigerung („als voll bewiesen gilt") ist ein Beweis des Gegentheils nicht zulässig, da die Voraussetzungen des § 428 Abs. 2 nicht zutreffen können (vgl. Seuffert Anm. 1, Siebenhaar S. 449, Gaupp II S. 408, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.).

2) Abs. 2: Ist auch unter „Verweigerung der Eidesleistung" nur die ausdrücklich (Puchelt II S. 271 Anm. 4) oder durch Nichterscheinen (§ 430) bzw. Nichtleisten erfolgte Weigerung, einen bereits auferlegten Eid zu leisten, zu verstehen (Endemann II S. 336, Gaupp II S. 408, Wilm. Levy Anm. 2 u. A.), so gelten die im Abs. 2 (als Korrelat von § 428 Abs. 1) bestimmten Folgen doch auch in den Fällen, wenn vor der Auferlegung der Eid verweigert wird bzw. als verweigert gilt. (Ebenso Wach, Vortr. S. 124, Hellmann II S. 339, Petersen § 429 Nr. 1 u. A.) Wann der Eid als verweigert gilt, s. in den §§ 417, 420, 430. Be-

§ 430. Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

N. Entw. § 626. Entw. I. § 394. Entw. II. § 407. Entw. III. § 413. Mot. S. 236, 237, 285. Prot. S. 179, 733, 737.

---

sondere Bestimmungen hinsichtlich der Streitgenossen und gesetzlichen Vertreter enthalten die §§ 434 Abs. 2, 436.

3) Ueber die Wirkung der Erlassung und der Verweigerung in der Berufungsinstanz s. § 495 Abs. 2. Wegen der Wirkung der Verweigerung auf andere Prozesse vgl. § 428 Anm. 1.

4) In Ehesachen (§ 577) und konsequenterweise auch wohl in dem Verfahren über von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 401) kommt § 429 Abs. 1 nicht zur Anwendung. In Entmündigungssachen ist der Parteieid ausgeschlossen (§§ 611, 620, 624, 626).

§ 430.

Literatur: Wach, Vortr. S. 120 ff., Voß in Gruchot, Beitr. XXIV S. 228 ff., Boas das. XXV S. 572 ff., Jastrow das. XXVII S. 777, Barkhausen das. S. 813 ff., Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 341 ff., Bolgiano das. V S. 199 ff., Birkmeyer, Rechtsf. S. 51 ff., Hellmann, Lehrb. S. 638 ff.

1) Die Abnahme eines Parteieides ist an sich Aufnahme eines Beweises; die Folgen der Versäumung würden daher in Ermangelung einer besonderen Bestimmung nur nach § 332 Abs. 2 zu beseitigen sein. Wegen der materiellen Bedeutung des Eides wird der Eidesleistungstermin indessen hier wie ein Verhandlungstermin behandelt. Um die Aufhebung der Folgen der Versäumung desselben in gleichem Umfange mittels Einspruchs (§ 303) zu gestatten, betrachtet die CPO. (wie die neueren Entw.) das Eidesleistungsverfahren in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen (die Anwesenheit des Anwalts desselben ist hierbei nicht entscheidend) als einen Zwischenstreit, wendet aber darauf nicht schlechthin den § 312 Abs. 2 an, sondern geht hierüber in der besonderen Bestimmung des § 430 noch hinaus. (Vgl. § 312 Anm. 3, Voß a. a. O., Boas a. a. O. Manche Bedenken gegen diese Abweichung von dem Kontumazialsystem der CPO. s. bei Wach a. a. O. S. 124 ff., Endemann II S. 337 u. Brettner a. a. O. Vgl. auch Hellmann II S. 341—344, Gaupp II S. 211, 409.) Hinsichtlich der Ladung s. §§ 162 Anm. 2, 427 Anm. 2, 441 Anm. 1.

2) Für § 430 kommt es nicht, wie in § 312 Abs. 2, darauf an, ob der Termin lediglich zur Leistung des Eides oder zugleich nach § 335 zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt war. Ebenso ist es unerheblich, ob die Eidesleistung durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Endurtheil angeordnet war. In jedem Falle können die Folgen der Versäumung nur kraft Versäumnißurtheils eintreten, welches von dem Prozeßgerichte zu erlassen ist. Indessen ist das Versäumnißurtheil des § 430 eben nur auf Antrag zu erlassen; dem Gegner ist unbenommen, statt desselben, im Falle des § 335 Abs. 1, wenn der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt war, das Versäumnißurtheil der §§ 295—297 zu verlangen. Daß letzteres hier überhaupt unanwendbar sei (Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 47 ff.), ist nicht zuzugeben, weil das Ausbleiben der Partei die Beweisaufnahme gehindert hat und auf sie daher nicht gewartet zu werden braucht (vgl. § 332 Anm. 3). [So auch Wach a. a. O. S. 129, Sarwey I S. 604, Voß a.a.O. S. 240 ff., Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Petersen § 430 Nr. 1, 3, 4, Sydow in Busch, Zeitschr. II S. 501, Barkhausen a.a.O., W. H. in Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung 48 S. 305, 321, jetzt auch im Wesentlichen Seuffert Anm. 3 I A, II A u. A. A. M.: Gaupp II S. 410, 411 u. die Rez. der Wach'schen Vortr. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 600. Seuffert Anm. 3 III A B, will übrigens, wenn der Schwurpflichtige und sein Anwalt in dem zufolge Beweisbeschlusses anstehenden Termine ausbleiben, nur Versäumniß-Endurtheil zulassen.] Ausgeschlossen ist dagegen das Versäumnißurtheil der §§ 295—297, wenn

der Eid durch bedingtes Endurtheil festgesetzt ist (vgl. § 427 Anm. 2). Der gleichzeitige Erlaß beider Versäumnißurtheile — des § 430 und der §§ 295—297 (Barkhausen a. a. O. S. 815) — enthält einen logischen Widerspruch.

Soll der Eid vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geleistet werden (§ 441), so kann dieser beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen blos den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zu Protokoll nehmen. Das Urtheil selbst kann nur vom Prozeßgerichte erlassen werden (Endemann II S. 337, Sarwey I S. 604, Boas a. a. O. S. 574, 575 u. A. A. M. die angef. Rez. der Wach'schen Schrift S. 601). Erscheint aber in der von Letzterem von Amtswegen (§ 335 Abs. 2) anzuberaumenden mündlichen Verhandlung auch der Schwurpflichtige, so muß dieser nach § 332 Abs. 2 zur Eidesleistung noch zugelassen werden. [Gaupp II S. 412, Voß a. a. O. S. 238, Hellmann II S. 343, Seuffert Anm. 3 IB, S. 507, IIB, S. 508 u. A. Zu weit geht Wach, Vortr. S. 130, wenn er unter Berufung auf § 280 überhaupt kein Versäumnißurtheil auf Grund der Versäumung des Termins vor dem beauftragten oder ersuchten Richter zuläßt; denn im Falle des § 430 handelt es sich um eine Beweisaufnahme (vgl. Anm. 1); mithin genügt nach § 258 Abs. 2 der Vortrag der Parteien über das Ergebniß derselben. Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2 und H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 350.]

Erscheint der Prozeßbevollmächtigte und verweigert den Eid, so kommt ohne Weiteres § 429 Abs. 2 zur Anwendung, wie wenn der erschienene Schwurpflichtige den Eid verweigert (vgl. Boas a. a. O. S. 572, 573, H. Meyer a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1a).

3) Ueber die Wirkung des Versäumnißurtheils bemerken die Mot.:

„Ist das Versäumnißzwischenurtheil ergangen, so kann, wenn gegen dasselbe der Einspruch statthaft ist, erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder erst nach Erledigung des eingelegten Einspruchs weiter verhandelt und die aus der Verweigerung des Eides sich ergebende Folge durch Urtheil realisirt werden. (Württ. PO. Art. 601.) Dadurch wird dem Gerichte die vielfach schwierige und zeitraubende Arbeit erspart, ein Urtheil abzufassen, welches zusammenfällt, wenn im Verfolg der Einlegung eines zulässigen Einspruchs der Eid nachträglich geleistet wird, und überdies die Erlassung eines Urtheils vermieden, welches sich aus einem Versäumnißurtheile und einem kontradiktorischen Urtheile zusammensetzt."

Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich daraus, daß das Urtheil erst mit Ablauf der Einspruchsfrist oder Erledigung des Einspruchs rechtskräftig wird (§ 645). [Vgl. auch § 217 Abs. 4; Seuffert §§ 312 Anm. 3e, 430 Anm. 3 I A, Voß a. a. O. S. 238, Gaupp I S. 410, II S. 211, 242, Wilm. Levy §§ 427 Anm. 2, 430 Anm. 3, Petersen § 430 Anm. 4, Bolgiano a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 641 u. andererseits Wach a. a. O. S. 124 ff. Berechtigte Bedenken in Betreff des Urkunden- und Wechselprozesses erheben Schollmeyer, Zwischenstreit S. 39 Anm. 1 u. Sydow a. a. O. S. 501 ff.; vgl. § 558 Anm. 5.] Anders, wenn ein zweites Versäumnißzwischenurtheil ergeht; gegen dieses ist ein Einspruch nicht mehr zulässig (§ 310); es kann also sofort weiter verhandelt und das Endurtheil erlassen werden (vgl. Boas a. a. O. S. 576). — Das Urtheil welches den Einspruch gegen ein auf Grund des § 430 erlassenes Versäumnißurtheil verwirft, ist als Zwischenurtheil nicht durch Berufung anfechtbar (RG. XIII S. 397).

Wegen des Endurtheils im Falle des bedingten Zwischenurtheils s. § 427 Anm. 2. Dasselbe hat stets die Natur eines kontradiktorischen Urtheils.

4) Die Versäumniß behält nach Rechtskraft des Versäumnißurtheils ihre Wirkung auch in der Berufungsinstanz (§ 495 Abs. 2).

5) Auch ein Dritter, von welchem nach § 415 in Abweichung von § 414 ein Eid zu schwören ist, wird als Schwurpflichtiger im Sinne des § 430 betrachtet, das Versäumnißurtheil also erlassen werden müssen, selbst wenn beide Parteien im Termine erschienen sind. (So auch Sarwey I S. 588, Wilm. Levy § 415 Anm. 2, Hellmann II S. 323, Petersen § 430 Nr. 3. A. M.: Gaupp II S. 388, Boas a. a. O. S. 573. Dagegen will Seuffert § 415 Anm. 2 a. E. den Eid zwar als verweigert ansehen, aber ein kontradiktorisches, also nicht durch Einspruch anfechtbares Endurtheil erlassen.)

§ 431. Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist. Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesform aufgenommen sind, berichtigt werden.

N. Entw. § 627. Entw. I. § 395. Entw. II. § 408. Entw. III. § 414. Mot. S. 284. Prot. S. 179, 180, 733, 737.

§ 432. Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so kann, auch nach Eintritt der Rechtskraft, die Zuschiebung sowie die Zurückschiebung des Eides

---

§ 431.

1) Das in diesem Paragraphen enthaltene Korrektiv gegen eine thatsächlich unzutreffende Normirung des Eides ist den Mot. zufolge dem preuß. Recht (AGO. I 10 §§ 309—311) nachgebildet. Die Fassung ist indessen erheblich erweitert. Während die Preuß. AGO. nur die Fälle ins Auge faßt, wenn der Schwurpflichtige ein minderes Quantum erhärten bzw. ein höheres einräumen will, oder wenn er eine von mehreren nur in ihrer Verbindung wesentlichen Thatsachen, welche eidlich abzulehnen sind, zugiebt, ist nach § 431 jeder beschränktere Eid, d. h. jeder Eid, welcher den Gegner in eine günstigere Lage versetzt (vgl. P. E. § 423), zulässig; jedoch immer nur unter der Voraussetzung, daß die veränderte Sachlage dem Gericht nicht schon vor der Eidesauflage vorgelegen hat („welcher — zugesteht"). Im Gegensatze zu § 290 handelt es sich hier nicht um die Berichtigung offenbarer, vom Richter nicht gewollter Unrichtigkeiten (RG. VIII S. 392), sondern um Berichtigung auf Grund veränderter Sachlage oder wegen Unerheblichkeit einzelner Umstände. Es ist zwar nicht zulässig, den Eid auf andere Thatsachen zu richten, wohl aber können unerhebliche thatsächliche Umstände berichtigt und der Eid auf einen kleineren Kreis von Thatsachen oder Thatumständen eingeschränkt werden (RG. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 374). Umwandelung eines rechtskräftig normirten Wahrheitseides in einen Ueberzeugungseid ist unstatthaft (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 258).

— „selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist." — Ist der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt, so versteht sich die Abänderlichkeit der Eidesnorm zwar von selbst (§§ 323, 324 Anm. 1), ist aber doch durch die Vorschrift des § 325 eingeschränkt. § 431 ist daher vorzugsweise von Bedeutung, wenn der Eid durch bedingtes Zwischen- oder Endurtheil auferlegt worden ist.

Die Rechtskraft des Urtheils hindert nicht die Anwendung des § 431 (RG. X S. 169, Siebenhaar S. 450, Sarwey I S. 605 u. A.).

2) „Auch — werden" — Dieser Satz (welcher in dem sonst gleichlautenden N. E. § 627 fehlt) ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. hinzugefügt, um den Begriff eines „beschränkteren Eides" noch mehr zu verdeutlichen und die Zulassung unwesentlicher Aenderungen, z. B. eines unerheblichen Datums, nicht auszuschließen. „Eidesform" ist nur ein Druckfehler statt „Eidesnorm". Eine derartige Aenderung kann von dem Schwurpflichtigen oder dem Gegner beantragt werden (Seuffert, Anm. 3).

3) Wird die Zulässigkeit der Aenderung bestritten, oder hat der verhandelnde Richter selbst Bedenken, so entscheidet selbstverständlich vor der Abnahme des Eides das Prozeßgericht [durch einfachen, nur mittels Berufung gegen das Läuterungsurtheil angreifbaren Beschluß (RG. VIII S. 391, Petersen § 431 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 2 a. E.; Seuffert Anm. 4 hält ein Zwischenurtheil für erforderlich)], nicht der etwa beauftragte oder ersuchte Richter (§§ 331, 441; vgl. H. E. § 416, Nordd. Prot. S. 1009, 1131, ROHG. 17 S. 5). Die schwurpflichtige Partei kann daher auch sogleich zur mündlichen Verhandlung über die beabsichtigte Aenderung der Eidesnorm laden. (Vgl. Boas in Gruchot, Beitr. XXV S. 568, 569.)

§ 432.

Literatur: Jastrow in Gruchot, Beitr. XXVII S. 783 ff., Hönemann das. XXVI S. 29 ff.

widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenntniß erlangt habe.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 733.

§ 433. Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört gesetzlicher Vertreter zu sein, so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden.

---

1) Die erst von der Redaktionskommission d. RTK. eingeschaltete Bestimmung dehnt die in § 422 gegen die Zurückschiebung gewährte Restitution auf den Fall aus, wenn auf den zurückgeschobenen Eid durch bedingtes Urtheil erkannt ist, mag dieses nun ein bedingtes Zwischenurtheil (§ 426 Abs. 2) oder ein bedingtes Endurtheil (§ 425) sein; selbst die eingetretene Rechtskraft des Urtheils soll der Restitution nicht entgegenstehen. Ein Gleiches wird sodann rücksichtlich der Zuschiebung bestimmt; auch sie soll nach erlassenem Urtheile, abgesehen von der Berufungsinstanz (vgl. §§ 491 Anm. 3, 495 Anm. 2), und sogar ungeachtet der Rechtskraft dieses Urtheils, welche der sonst stets widerruflichen Eideszuschiebung bindende Wirkung verleiht, beim Vorhandensein jener Restitutionsgründe widerrufen werden können (vgl. § 418 Anm. 2). Daß umgekehrt die Vorschrift nicht unanwendbar ist, wenn das bedingte Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, und daß also für den Widerruf nicht die folgende Instanz abgewartet zu werden braucht, kann nach dem Wortlaut („auch nach Eintritt der Rechtskraft") und Zweck der Vorschrift einem Zweifel nicht unterliegen (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 3. A. M. Jastrow a. a. O. S. 785). Dagegen bleibt hier § 419 Abs. 2 wegen des dazwischen getretenen Urtheils außer Anwendung, d. h. gegen ein den Eid auferlegendes bedingtes Urtheil ist der Widerruf lediglich wegen anderer aufgenommener Beweise nicht zulässig.

[Zu weit geht Hönemann a. a. O. S. 36 (dem Petersen § 432 Nr. 3 beitritt), indem er dem Wortlaut, der Stellung und der Entstehungsgeschichte des § 432 zuwider annimmt, daß darin nicht das Verfahren bis zum Urtheil dem Urtheil selbst, sondern das Verfahren bis zum rechtskräftigen Urtheil dem Verfahren gegen rechtskräftige Erkenntnisse entgegengesetzt werde.]

2) Die Folgen des Widerrufs ergiebt § 433 Abs. 2, 3 (s. das. Anm. 3). Die Abweisung des Antrags aus § 432 kann nur durch Urtheil erfolgen (s. § 433 Abs. 3, Seuffert Anm. 3). Der Schwurpflichtige ist also nöthigenfalls besonders zur mündlichen Verhandlung über den Antrag vor das Gericht, welches das bedingte Urtheil zu erledigen hat, zu laden (vgl. auch Seuffert a. a. O., Wilm. Levy a. a. O.). Wegen Versäumniß dieses Termins vgl. § 433 Anm. 3 a. E.

3) Ist der Eid geleistet, so ist noch Restitutionsklage zulässig (§ 543 Nr. 1).

§ 433.

1) Die Bestimmung beseitigt in Uebereinstimmung mit fast allen neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen den kontroversen Satz des gem. Prozeßrechts „Mortem loco jurisjurandi esse, quia nemo moriens immemor salutis aeternae censetur" (Wetzell S. 259 Anm. 31a, Renaud S. 371), welcher noch die Preuß. AGO. I 10 §§ 378, 379 ꝛc. beeinflußte. („Non omnis moriens est Evangelista Joannes" — Baldus zu L. 12 C. 4, 1.) Der Eid gilt nicht als geschworen und nicht als verweigert, sondern als nicht zugeschoben. Auch hier wird also materiell eine (Inzident-)Restitution gegen die Zuschiebung oder Zurückschiebung gewährt (vgl. § 432 Anm. 1, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 60). Dieselbe wirkt jedoch nur „in Ansehung der betreffenden Beweisführung", d. h. für den durch den Eid zu erweisenden Beweissatz, für diesen aber rücksichtlich jeder Art der Beweisführung, mithin auch der s. g. künstlichen (Tränkner im civ. Arch. 68 S. 408 ff., LG. u. OLG. Dresden).

Dasselbe gilt, wenn in Folge der Verurtheilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides widerrufen wird.

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urtheils in der Sache anderweit erkannt.

N. Entw. § 628. Entw. I. § 396. Entw. II. § 409. Entw. III. § 415. Mot. S. 285. Prot. S. 180, 733, 737.

§ 434. Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Einfluß ist, muß

---

2) Dem Tode des Schwurpflichtigen stehen nach Abs. 1 die Fälle des Eintritts der körperlichen oder geistigen Eidesunfähigkeit, z. B. wegen Wahnsinns oder wegen Entmündigung (s. § 435), auch wegen Beschränkung der Prozeßfähigkeit, z. B. in Folge des Konkurses (s. O.L.G. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IX S. 496 ff., Hartmann das. S. 501, Sarwey I S. 607), und des Erlöschens der Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter (§ 435), z. B. wegen Großjährigkeit der Partei, endlich nach Abs. 2 diejenigen Fälle gleich, in welchen von der Befugniß der §§ 422, 432 Gebrauch gemacht worden ist. Nicht dahin gehört bloße Verschollenheit (wie Puchelt II S. 274 meint; s. dagegen Gaupp II S. 417, Seuffert Anm. 1, jetzt auch Petersen § 433 Nr. 3). Anders im Falle wirklicher Todeserklärung (vgl. Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O.). In den Fällen des Abs. 1 tritt, sofern die Partei nicht mit einem Prozeßbevollmächtigten versehen ist, auch eine Unterbrechung des Verfahrens ein (§§ 217, 219, 223). Ob das betreffende Ereigniß schon vor der Zuschiebung bzw. Zurückschiebung eingetreten ist, wird in der Anwendung des Abs. 1 keinen Unterschied machen (vgl. Petersen § 433 Nr. 2, Puchelt II S. 274), sofern es dem Zuschiebenden bzw. Zurückschiebenden erst nachher bekannt geworden ist (A. M. Sarwey I S. 607). Wegen mehrerer gesetzlichen Vertreter s. § 436.

Bestimmungen, wonach der Eid als geleistet angesehen wird, wenn der Schwurpflichtige durch Arglist oder grobes Verschulden des Gegners an der Eidesleistung verhindert ist (Hann. PO. § 291, Bayer. PO. Art. 482, Württ. PO. Art. 603), oder wenn der Gegner absichtlich die Sache verzögert hat (vgl. Bad. PO. § 562, Oldenb. PO. Art. 176 § 2), sind nicht aufgenommen.

3) Abs. 3 ergiebt, daß Abs. 1 und 2 nicht blos im Falle eines durch Beweisbeschluß auferlegten Eides (wo §§ 418, 422 ausreichen), sondern auch in dem Falle anwendbar sind, wenn der Eid durch bedingtes Zwischen- oder Endurtheil auferlegt ist, und zwar auch nach eingetretener Rechtskraft (s. § 432) — eine Ausnahme von der Unabänderlichkeit der Urtheile, welche einen ähnlichen Grund hat wie die Restitutionsklage (§ 543). Er regelt das Verfahren, indem er vorschreibt, daß anderweit in der Sache zu erkennen und dabei jenes Urtheil aufzuheben sei. Indessen ist hier selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Sache zum Erkenntniß reif ist. Werden bei der mündlichen Verhandlung, zu welcher nach Eintritt der in Abs. 1 und 2 bezeichneten Umstände in gewöhnlicher Weise zu laden ist, neue Thatsachen, welche jedoch nur „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" zulässig sind (RG. XIII S. 379, OLG. Dresden im civ. Arch. 68 S. 408 ff.), oder an Stelle des Eides neue Beweismittel (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 60) angeführt, so kann auch vor dem in Abs. 3 vorgeschriebenen Urtheil noch ein Beweisbeschluß erlassen werden. (Vgl. Gaupp II S. 417 ff., Wilm. Levy Anm. 6 u. A.)

Das im Falle des Ausbleibens einer Partei zu erlassende Versäumnißurtheil kann nicht ein Versäumnißzwischenurtheil über einen Zwischenstreit, sondern nur ein zur Hauptsache ergehendes Versäumnißurtheil sein (Seuffert Anm. 1 a. E. u. in Busch, Zeitschr. VII S. 13, LG. Freiberg das. S. 104, Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVII S. 821, Jastrow das. S. 788. A. M. H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 325 ff., der jedes Versäumnißurtheil verwirft). Desgleichen ist die Entscheidung, durch welche die Restitution wegen Mangels der Voraussetzungen des Abs. 1 zurückgewiesen wird, Endurtheil (Seuffert Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 590. A. M. Gaupp a. a. O.).

allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. In jedem Falle bedarf es zur Zuschiebung oder zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Ueber die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist.

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.

N. Entw. §§ 629, 630. Entw. I. § 397. Entw. II. § 410. Entw. III. § 416. Mot. S. 285, 286 Prot. S. 180.

---

§ 434.

1) Im Falle einer Streitgenossenschaft reicht in der Regel der Grundsatz des § 58 aus. Die Eidesableistung einzelner Streitgenossen für die übrigen kann in solchen Fällen nur kraft freier Uebereinkunft genügen (Nordd. Prot. S. 1040), und ebenso wirkt die Eidesweigerung einzelner nicht gegen die anderen. Dagegen enthält § 434 in Anlehnung an den N. E. (Nordd. Prot. S. 1036 ff., 1131 ff.) eine Ausnahme für diejenigen Fälle, in welchen „ein" (d. h. doch wohl das streitige) Rechtsverhältniß (unmittelbar oder mittelbar in einzelnen Voraussetzungen) allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (vgl. § 59 Anm. 2), nicht auch (wie in § 59) in anderen Fällen einer nothwendigen Streitgenossenschaft. (Vgl. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 348 ff., Petersen § 434 Nr. 1, Endemann II S. 344 Anm. 2, Kleiner II S. 449, Kroll, Klage u. Einrede S. 162 Anm. 36 u. A. A. M.: Gaupp II S. 420, Sarwey I S. 609, v. Amelunxen: Die sog. nothw. Streitgenossenschaft d. dtschen. CPO. S. 58, und jetzt auch Seuffert Anm. 2, welche § 434 auch auf die letzteren Fälle beziehen.)

Wegen der Handelsgesellschaften s. § 436 Anm. 1.

2) Trifft die Voraussetzung des § 434 („über — Einfluß ist") zu, so kann der Eid stets nur von allen Streitgenossen zugeschoben und zurückgeschoben werden. Ebenso kann der Eid in der Regel nur an alle Streitgenossen zu- und zurückgeschoben werden. In dieser Beziehung gilt aber die Ausnahme: „sofern nicht — unzulässig ist", deren Anwendung sich nach den §§ 410, 413, 435 bestimmt (vgl. RG. XII S. 13). Hier geschieht die Zuschiebung und Zurückschiebung lediglich an diejenigen Streitgenossen, rücksichtlich welcher dieselbe an sich zulässig ist; nur diese haben sich im Falle der Zuschiebung nach dem Schlußsatze des Abs. 1 über die Annahme zu erklären (§ 417). Die Streitgenossen, an welche hiernach die Eideszuschiebung und Zurückschiebung erfolgt ist, treten jedoch nur in beschränkter Weise hinsichtlich des Eides an die Stelle aller Streitgenossen; ihre Eidesleistung hat die volle formale Wirkung (§ 428), nicht ihre Weigerung (Abs. 2). Die Erlassung des Eides (§ 429) oder eine Einigung nach § 415 (vgl. § 415 Anm. 3 a. E.) ist ebenfalls nur dann wirksam, wenn sie von allen Streitgenossen geschieht (s. Wilm. Levy Anm. 1 I a. E., Sarwey I S. 610).

3) Abs. 2 regelt hauptsächlich die Frage, welche Folgen eintreten, wenn der Eid allen oder mehreren Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben ist und diese sich in verschiedener Weise verhalten. Die in solchen Fällen eintretenden Schwierigkeiten sind dadurch gelöst, daß an Stelle der gesetzlichen Beweisregel des § 429 Abs. 2 die freie richterliche Würdigung tritt, welche Bedeutung der Eidesweigerung beizulegen sei. Der Richter wird dabei insbesondere die Persönlichkeit des Schwurpflichtigen, dessen muthmaßliche Kenntniß von der Sache, die Natur

§ 435. Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.

Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.

N. Entw. §§ 631, 632. Entw. I. § 398. Entw. II. § 411. Entw. III. § 417. Mot. S. 286. Prot. S. 180.

des Verhältnisses, in dem die Streitgenossen zu einander stehen, usw. zu berücksichtigen haben. Eine Vertretung der säumigen nach § 59 Abs. 1 findet hier selbstverständlich nicht statt.

Derselbe Grundsatz gilt aber auch dann, wenn nach Abs. 1 nur einzelne Streitgenossen zu schwören haben und diese sämmtlich den Eid verweigern (§§ 417 Abs. 2, 429 Abs. 2, 537); vgl. Anm. 2. Auch hier soll, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. auf Anfrage konstatirte, der Richter die Thatfrage frei zu entscheiden haben, ohne daß die übrigen nicht schwurpflichtigen Streitgenossen von Rechtswegen als geständig gelten.

Ohne die Voraussetzungen des Abs. 2 darf das Gericht nicht von vornherein einzelnen Streitgenossen den Eid erlassen, weil schon der Eid der übrigen genüge (RG. XII S. 9). Anders im Falle des § 438.

4) „Erklären — erachtet" — Dieser Schlußsatz enthält eine Prozedurvorschrift zur Verhütung unnützer Eide in dem Falle, wenn bei widersprechender Erklärung einzelner Schwurpflichtigen das Gericht die Eidesleistung der übrigen in Anwendung der freien Beweiswürdigung (Satz 1) für unerheblich erachtet.

— „nicht abzunehmen" — nämlich wenn die Weigerung erst in dem Eidesleistungstermine erfolgt. Vgl. § 429 Anm. 2.

5) § 434 gilt auch, wenn in einem ursprünglich zwischen Einzelparteien verhandelten Prozesse auf einen zugeschobenen Eid rechtskräftig erkannt ist und vor der Eidesleistung eine Streitgenossenschaft durch eingetretene Veränderung, z. B. den Eintritt mehrerer Erben, entsteht (Wilm. Levy Anm. 1 IV, Kroll a. a. O. S. 163).

Wegen des richterlichen Eides s. § 438.

§ 435.

1) Abs. 1: „Ist eine Partei nicht prozeßfähig" — Die CPO. geht davon aus, daß alle prozeßfähigen Parteien eidesfähig sind (s. § 51 Anm. 1) und schreibt daher keinen Termin der Eidesmündigkeit für Parteieide vor. Ebensowenig giebt sie, wie die Mot. hervorheben, Vorschriften über Eidesunfähigkeit wegen Verstandesschwäche oder fehlender Verstandesreife. § 358 Nr. 1 ist nicht entsprechend anzuwenden (A. M. Petersen §§ 435, 436 Nr. 1). Welche Parteien nicht prozeßfähig sind, bestimmt das bürgerliche Recht (§§ 50, 51 Anm. 4).

(Gegen die dem Abs. 1 zu Grunde liegende Auffassung polemisirt ohne Grund v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 316; es ist eine petitio principii, daß die CPO. die Leistung des Eides als die eines Zeugeneides ansehe; vgl. Wach, Vortr. S. 167 ff., Endemann II S. 348, Petersen a. a. O. usw.)

2) — „nur an ihre gesetzlichen Vertreter" — Wegen des Umfangs des Begriffs „gesetzlicher Vertreter" s. §§ 50 Anm. 2, 51, 157 Anm. 3. Eide Namens einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft werden durch deren Vorstand geleistet (HGB. Art. 232, Genoss.-Ges. v. 4. Juli 1868 § 22). Hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaften und der Kommandit-Gesellschaften s. § 436 Anm. 1; hinsichtlich des Konkursverwalters s. Petersen in Busch, Zeitschr. IX S. 62 ff., Wach, Handb. I S. 589 ff.

§ 436. Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschriften des §. 434 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten.

N. Entw. § 631. Entw. I. — Entw. II. § 412. Entw. III. § 418. Mot. — Prot. S. 180.

Nach § 3 des Preuß. AG. z. CPO. müssen die Landesherren rc., welche sonst durch die für ihre Vermögensverwaltung bestehenden Behörden vertreten werden, unbeschadet der Befugniß zur Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten (§ 440 Anm. 2), selbst schwören, wenn der Eid eine Thatsache betrifft, welche in einer eigenen Handlung der Partei besteht oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen ist. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 242.)

3) — „und nur insoweit — müßte" — Die gesetzlichen Vertreter treten auch hier an die Stelle der Partei (vgl. §§ 50 Anm. 2, 440). Hindernisse der Zulässigkeit des Eides werden daher nur beachtet, wenn sie sowohl in der Person des Vertreters, als in der Partei vorliegen. Letzteres ist durch die Fassungs-Aenderung „als die vertretene Partei — müßte", statt „als dieselbe zulässig sein würde, wenn der Vertreter selbst Partei wäre", von der RTK. klargestellt. Der Vormund z. B. kann sich danach sowenig weigern, über eine vom Erblasser der Pflegebefohlenen oder von seinem Vorgänger in dem Amte als Vormund bzw. seinem Vertreter (§ 410) wie über eine von ihm selbst, sei es auch vor Antritt seines Amts (s. Nordd. Prot. S. 1011, 1012) wahrgenommene Thatsache zu schwören. Es liegt hierin eine bemerkenswerthe Erweiterung der Zulässigkeit der Eideszuschiebung (vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 41). Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so wird es genügen, wenn die Voraussetzungen auch nur bei einem einzelnen zutreffen (vgl. § 436 Satz 2).

Ein Wechsel des gesetzlichen Vertreters ändert nur die Person des Schwurpflichtigen, welche sich stets nach der Zeit der Eidesleistung bestimmt. Bei der Zuschiebung braucht daher der gesetzliche Vertreter, welcher schwören soll, nicht ausdrücklich bezeichnet zu werden (RG. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 308).

4) Abs. 2: Eine Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 1 (v. Canstein in Busch, Zeitschr. II S. 316 Anm. 20 will eine Ausnahme darin nicht erblicken) für den Fall, daß der mehr als 16 Jahre alte Minderjährige oder der Verschwender den Wahrheitseid leisten kann, kann das Gericht auf Antrag des Gegners zulassen. Die Mot. sagen:

> „Es wird dem verständigen Ermessen des Gerichts überlassen bleiben können, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich und zugleich für angemessener zu erachten ist, als die Eidesleistung durch die gesetzlichen Vertreter, z. B. wenn der Minderjährige den Wahrheitseid, dessen Vormund aber nur den Ueberzeugungseid über eine Handlung des ersteren zu schwören hat".

Da die Umstände des Falles über die Zulässigkeit entscheiden sollen, so ist das Gericht durch den Antrag des Gegners allein nicht gebunden. (Dem Wortlaut des Abs. 2 gegenüber kann auch die Bemerkung in der amtlichen Druckfehlerberichtigung, daß die Worte „und zugleich für angemessener" und „als die — schwören hat" in die Mot. sich durch Druckfehler eingeschlichen hätten, für die entgegengesetzte Ansicht v. Bülow's in Gruchot, Beitr. XXIII S. 286 ff. nicht beweisen; vgl. auch Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 435, 436 Nr. 3 u. A.)

Den Abs. 2 wenden auch auf den Gemeinschuldner im Verhältniß zum Konkursverwalter entsprechend an: Schultze: Deutsches Konkursrecht S. 96 ff., v. Völderndorff, KO. I S. 167, Fitting: Konkursprozeß S. 62, Petersen in Busch, Zeitschr. IX S. 63. A. M. wegen des Wortlauts und Zwecks des Gesetzes wohl mit Recht: Hartmann das. S. 501, Seuffert Anm. 3 a. E., Wilm. Levy KO. § 8 Anm. 4.

§ 436.

1) Satz 1 beseitigt zahlreiche Kontroversen (vgl. Renaud § 131), z. B. ob alle Mitglieder des Vorstandes bzw. Liquidatoren einer Aktiengesellschaft schwören müssen — eine Frage,

§ 437. Ist das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.

N. Entw. § 633. Entw. I. § 399. Entw. II. § 413. Entw. III. § 419. Mot. S. 286, 287. Prot. S. 180—182, 693, 694. 168. Sitzg. S. 4—6.

---

welche Art. 232 d. HGB. dem Landesprozeßrecht überlassen hatte (ROHG. 9 S. 50, 10 S. 96, 14 S. 171, 23 S. 311, Voigtel in Löhr, Centralorg. f. HR. N. F. V S. 327 ff.). Genügte gemeinrechtlich die Eidesleistung durch die Majorität (s. z. B. App.-Ger. Celle in Busch, Zeitschr. II S. 6 ff.), so läßt sich doch ein Gleiches nach § 436 nicht behaupten; denn aus den Bestimmungen des § 434, insbesondere dem Worte „allen" in Abs. 1 und dem Gegensatz zu den Vorschriften des Abs. 2 ergiebt sich, daß, wenn alle gesetzlichen Vertreter zur Eidesleistung sich bereit erklären und gleichmäßig nur zur Ableistung eines Wahrheits- oder eines Nichtwissenseides verpflichtet sind, alle auch schwören müssen (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 35 Nr. 231, Gruchot, Beitr. XXIV S. 1096. A. M. Schmidt in Busch, Zeitschr. II S. 7).

Offene Handelsgesellschaften, für welche ähnliche Zweifel bestanden (Voigtel a. a. O. S. 344 ff., Urth. in Busch, Arch. f. HR. 23 S. 256, 32 S. 349, ROHG. 6 S. 111), gehören nach der durch überwiegende Gründe unterstützten Meinung (vgl. § 59 Anm. 2) gleichfalls hierher (s. auch OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 221), sofern die Gesellschafter nicht als solche (aus ihrer Solidar- bzw. subsidiarischen Haft) verklagt werden, in welchem Falle § 434 Anwendung findet. Hiernach haben solche Gesellschafter, welche von der Vertretung ausgeschlossen sind, ebensowenig zu schwören als bloße Kommanditisten bei der Kommanditgesellschaft (RG. XIV S. 20 u. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 171 Nr. 14, ROHG. 21 S. 342 u. 390, 23 S. 311, Behrend, HR. I § 74 Anm. 8, Renaud: D. Recht d. Kommanditges. (1881) S. 353, 354, 379. A. M. Wach: Der Eidesbeweis in den Prozessen der off. Handelsgesellschaft, in Busch, Zeitschr. IX S. 433 ff. u. Handb. I S. 531 sowie OLG. Naumburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 122, weil sich dadurch die Prozeßlage des Gegners verschlimmern könne); indessen können dieselben als Zeugen benannt werden (vgl. d. allg. Bem. zu Tit. 7 unter 1, § 358 Anm. 5). Dementsprechend haben bei Prozessen der Firma (des Gesellschaftsvermögens) diejenigen Personen zu schwören, welche zur Zeit der Eidesleistung firmirende Gesellschafter sind (RG. a. a. O. und in Seuffert, Arch. 35 Nr. 231, ROHG. 9 S. 16, 20 S. 180; vgl. auch Renaud, Civilproz. § 59 S. 150 ff., v. Hahn, Komm. z. HGB. 3. Aufl. I S. 422, Thöl, HR. 6. Aufl. § 96 S. 329, OLG. Celle in Seuffert, Arch. 35 Nr. 230, OLG. Kiel das. 40 Nr. 221, Wilm. Levy Anm. 1, § 435 Anm. 1). Während der Liquidation haben nur die Liquidatoren zu schwören (s. RG. a. a. O., ROHG. 10 S. 357, 23 S. 311; vgl. auch Thöl a. a. O. S. 337, v. Hahn a. a. O. S. 521, Puchelt II S. 278, 279, Siebenhaar S. 453 Anm.**, Petersen §§ 435, 436 Nr. 5, Sarwey II S. 612 ꝛc. A. M.: Wach a. a. O. S. 451 ff. u. Renaud, Kommanditges. S. 574, 575, 809, welche nur die Gesellschafter bzw. „Kommunionsinteressenten" schwören lassen).

Bezüglich der Eidesleistung der Mitglieder einer kollegialen Behörde s. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 38 Nr. 278.

2) Satz 2: Der Wahrheitseid hat auch hier den Vorzug. Die Vorschrift ist aber (anders als in § 435 Abs. 2) kategorisch. Die übrigen Vertreter haben nicht zu schwören, selbst wenn in Bezug auf sie die Eideszuschiebung bzw. Zurückschiebung an sich zulässig sein sollte.

§ 437.

1) Der „richterliche Eid" (nothwendige Eid, Notheid, juramentum necessarium) ist von der CPO. als ein (abgesehen von dem zugeschobenen Eide) höchst subsidiäres Beweismittel aufgefaßt, dessen Benutzung dem richterlichen Ermessen in freiester Weise überlassen ist. In doppelter Beziehung weicht die (dem N. E. entnommene) Bestimmung von der dem gem.

Recht (vgl. Wetzell S. 276 ff., Renaud S. 407 ff.) zu Grunde liegenden Auffassung ab, indem sie in schärferer Weise als die neueren Prozeßgesetze und die meisten Entwürfe die Konsequenzen des Princips der freien Beweiswürdigung zieht:

a) Der Eid kann auch ohne vorgängige Beweisaufnahme schon auf Grund des Ergebnisses der Verhandlungen auferlegt werden (vgl. v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. „Wiss. VI S. 143 ff., welcher mit Recht hervorhebt, daß unter Umständen die bloße Versicherung der Partei genüge);

b) dem Gerichte steht die freie Verfügung zu, welcher Partei und über welche streitige Thatsache der Eid aufzuerlegen sei.

Die Mot. sagen hierüber (b):

„Der richterliche Eid ist seinem Zwecke nach derjenigen Partei aufzuerlegen, durch deren eidliche Versicherung der Richter die ihm noch fehlende Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag. Darauf, ob diese Partei die beweispflichtige ist oder nicht, kann es hier nicht ankommen. Eine Beschränkung des richterlichen Eides aus Rücksicht auf die Beweispflicht — der Ausschluß desselben, wenn er nicht der beweispflichtigen Partei auferlegt werden kann, würde von dem Standpunkte des Entwurfs aus nicht zu rechtfertigen sein.

Hat ein Beweisaufnahmeverfahren stattgefunden, so ist der Richter bei Auferlegung eines richterlichen Eides nicht an diejenige Thatsache gebunden, welche in dem Beweisbeschlusse enthalten ist; er kann die eidliche Erhärtung einer für den Beweissatz nur mittelbar erheblichen Thatsache verlangen, wenn eben die Feststellung dieser Thatsache ihm die Möglichkeit gewährt, sich die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der unmittelbar erheblichen Thatsache zu verschaffen (Nordd. Prot. S. 1030)."

Wenngleich hiernach die scholastischen Regeln über die Frage, in welchen Fällen und welcher Partei ein „Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid" (suppletorium bzw. purgatorium) aufzuerlegen (Wetzell S. 277 ff., Preuß. AGO. I 13 §§ 24 ff., I 22 §§ 3 ff.), ihre Bedeutung verloren haben, so wird doch die Beweispflicht auch künftig ihren natürlichen Einfluß äußern. Ist seitens der beweispflichtigen Partei gar nichts bewiesen, so wird kein Grund vorhanden sein, überhaupt auf einen Eid, geschweige denn für den Beweisführer zu erkennen. [Zustimmend Sarwey I S. 615. S. auch Wach, Vortr. S. 175, Petersen §§ 437—439 I 1, Hellmann II S. 354, 355 u. Lehrb. S. 594—596, Wendt im civ. Arch. 63 S. 276, 277. A. M. mit Unrecht Bolgiano das. 58 S. 276 ff., 59 S. 212, Handbuch S. 510 ff. und in Busch, Zeitschr. II S. 101 ff., welcher aus dem Satz der Mot. S. 202:

„Dasselbe gilt (sc. die Entscheidung über die Beweispflicht ist nicht nothwendig), wenn so viel erwiesen ist, daß das Gericht zur Auferlegung eines Eides gelangt. Denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, ist von der Frage unabhängig, wer zu beweisen habe"

schließt, der Richter müsse auch dann einen Notheid auflegen, wenn der unvollständige Beweis ein Gegenbeweis ist, obwohl jener Satz nur ausdrückt, daß die Frage der Beweislast nicht unbedingt maßgebend dafür sei, welcher Partei nach Lage des Falls ein Notheid aufzuerlegen sei, und obwohl „die exorbitante Vorschrift", wie B. sie bezeichnet, zu dem widersinnigen Ergebnisse führen würde, daß der Beklagte schlimmer daran ist, wenn er etwas, als wenn er gar nichts bewiesen hat.] Der richterliche Eid behält immer den Charakter eines Supplements („nicht ausreichend"), welches (sei es auf Antrag oder von Amtswegen) nur dann angewendet wird, wenn die streitige Parteibehauptung (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII 1153, XXIX S. 402) nicht ganz beweislos geblieben ist. Ist aber etwas bewiesen, so kann freilich ganz unbeschränkt dem Beweisführer oder dessen Gegner („der einen oder der anderen Partei") der Eid auferlegt werden, sei es über das Beweisthema unmittelbar oder über ein bloßes Indizium („über eine streitige Thatsache"). (Vgl. auch RG. V S. 429, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 505.) In ersterer Beziehung werden namentlich die größere oder geringere Vertrauenswürdigkeit, die muthmaßlich bessere Wissenschaft u. dgl. m. bestimmend sein, obschon die Beschränkungen des § 410 nicht zur Anwendung kommen (s. § 439 Anm. 1). [Vgl.

§ 438. Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.

N. Entw. § 634. Entw. I. § 400. Entw. II. § 414. Entw. III. § 420. Mot. S. 287. Prot. S. 182.

---

auch § 407 Anm. 2, RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1102, Seuffert Anm. 1, 2, Wilm.-Levy Anm. 1, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 493 und speziell gegen Bolgiano: Kuhn in Gruchot, Beitr. XXVI S. 38 ff., Hellmann, Lehrb. S. 594 ff.) Ueber Rechtsbegriffe, Rechtsverhältnisse und Urtheile darf allerdings auch ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden (vgl. § 410 Anm. 1, RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 172 Nr. 15).

— „kann" — Das Wort bezieht sich nicht blos (wie Bolgiano S. 511 annimmt) auf die Wahl des Richters zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid, sondern auch auf die Frage, ob überhaupt ein Nothеid aufzuerlegen sei. Die Mot. S. 287 sagen keineswegs das Gegentheil.

Wie die Parteien kein Recht auf den Nothеid haben, so ist auch ein Erbieten oder eine Annahme seitens derselben nicht erforderlich.

Die Anwendung des richterlichen Eides im HGB. Art. 34 ist durch EG. z. CPO. § 13 Abs. 2 beseitigt (was Uebel I S. 406 zu übersehen scheint).

Zur Ergänzung mangelhafter Substantiirung ist der richterliche Eid untauglich (s. OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 36 Nr. 84). Dagegen ist derselbe in den Fällen der §§ 428 Abs. 2, 544 Abs. 2 nicht ausgeschlossen (RG. XIV S. 327).

2) Ein besonderes (auch gemeinrechtlich unhaltbares — Wetzell a. a. O. S. 279) juramentum quantitatis kommt nicht vor. Die Eidesauflage über den Betrag einer Forderung folgt den allgemeinen Regeln. Hinsichtlich der eidlichen Schätzung des Betrags eines Schadens oder Interesse s. § 260 Anm. 7. Die Schätzung ist freilich keine Thatsache.

3) Die landesrechtlichen Vorschriften über die Unzulässigkeit des nothwendigen Eides in gewissen Fällen (z. B. Preuß. ALR. I 4 § 50, 12 § 603, 14 § 37, II 11 § 868; streitig: II 2 § 2, AGO. I 10 § 255) sowie darüber, ob dem einen oder anderen Theile ein Eid aufzuerlegen (z. B. Preuß. ALR. I 16 §§ 99, 100, 106, 133, 137, 138, 390, 391 rc.), dürfen schon nach § 14 Nr. 2 d. EG. z. CPO. als beseitigt gelten. (Vgl. über dieselben R. Koch in der § 259 Anm. 3 allegirten Abh. S. 330 ff.) Auch in Ehesachen ist der richterliche Eid zulässig (vgl. § 577), ebenso in dem Verfahren über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Birkmeyer in Busch Zeitschr. VII S. 412, Seuffert Anm. 5), dagegen nicht in Entmündigungssachen (§§ 611, 620, 624, 626) und im Urkundenprozesse (vgl. § 558 Anm. 5).

4) Auf Antrag des Abg. Struckmann war von der RTK. als zweiter Satz hinzugefügt worden: „Von dieser Befugniß darf erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn sich die Beweisaufnahme auf die übrigen zulässigen Beweismittel mit Ausnahme des zugeschobenen Eides erstreckt hat." Nach der zweiten Lesung wurde der Zusatz jedoch auf Antrag des Bundesraths als zu beengend gestrichen, nachdem auch ein Verbesserungsvorschlag des Antragstellers, statt „zulässigen" zu setzen „erheblichen" und hinter „Ausnahme" hinzuzufügen: „der im § 358 erwähnten Zeugen sowie", abgelehnt worden war. Dem Gerichte steht es somit frei, mit der Aufnahme der angebotenen Beweise innezuhalten, weil es von der Fortsetzung einen Einfluß auf seine Ueberzeugung nicht erwartet, und statt dessen auf einen richterlichen Eid zu erkennen. So z. B., wenn die noch übrigen Zeugen über unmöglich von ihnen wahrgenommene Dinge aussagen sollen, oder wenn sie nur unbeeidigt vernommen werden könnten. (Vgl. auch Wach, Vortr. S. 161, 174, Gaupp II S. 427, 428, v. Bülow Anm. 2 u. A.)

Wegen des Verhältnisses des richterlichen Eides zum Schiedseide s. §§ 418 Anm. 4 439 Anm. 1.

§ 438.

1) Aus der prinzipiellen Auffassung des richterlichen Eides (vgl. § 437 Anm. 1) ist § 438 abgeleitet.

„Die Bestimmung des § 438, daß der Richter den Nothеid einem oder einigen oder allen Streitgenossen auferlegen kann, um den aus dem Eide eines oder mehrerer

§ 439. Die Bestimmungen der §§. 422—433, 435 finden auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid zurückzunehmen, gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurtheilung Kenntniß gehabt hat.

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urtheil auferlegt.

N. Entw. § 635. Entw. I. § 401. Entw. II. § 415. Entw. III. § 421. Mot. S. 287. Prot. S. 182—186.

Streitgenossen resultirenden Beweisgrund auch für die übrigen zu benutzen, ist eine Folge der erörterten Auffassung des richterlichen Eides". (Mot.)

Ist der Eid Mehreren auferlegt, so gilt er nur dann als geleistet, wenn dieselben sämmtlich geschworen haben.

2) Nicht blos in den Fällen der §§ 59, 434, sondern bei jeder Streitgenossenschaft kann das Gericht den Eid einzelnen Streitgenossen mit Wirkung für und gegen alle übrigen auferlegen. Das Prinzip des § 58 wird insoweit durch das kollidirende der freien Beweiswürdigung überwunden (vgl. RG. XII S. 14). Einer bloßen Nebenpartei — wohin jedoch die selbständige Nebenpartei des § 66 nicht zu rechnen (vgl. Francke: Die Nebenparteien der D. CPO. usw. S. 112, 118) — kann dagegen ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden (s. § 414, Puchelt II S. 281 Anm. 5, Schultze in Busch, Zeitschr. II S. 90, Francke a. a. O. S. 118, 119 u. A.).

3) Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so ist das richterliche Ermessen hinsichtlich der Person des Schwurpflichtigen auch durch § 436 Abs. 2 nicht beschränkt. Vgl. die Allegate in § 439 Abs. 1.

Wegen der Handelsgesellschaften s. § 436 Anm. 1, Siebenhaar S. 456.

§ 439.

1) Abs. 1: Ein Theil der Bestimmungen über den zugeschobenen Eid ist auf den richterlichen Eid nicht anwendbar. So namentlich die Beschränkung des § 410.

„Dem Richter steht es frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachtet, von dieser Partei einen Eid in der Form des Ueberzeugungseides zu fordern. Die Gründe für die Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eideszuschiebung (Nordd. Prot. S. 1031)." (Mot.)

(S. auch RG. und OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 38 Nr. 356.) § 411 ist mit der Bestimmung des richterlichen Eides (§ 437) unvereinbar. Die Unanwendbarkeit der §§ 412—421 ergiebt sich von selbst. An Stelle der §§ 434, 436 tritt § 438.

Auch die §§ 423, 425 Abs. 1 passen nicht für den richterlichen Eid, während auf denselben § 424 (s. auch § 437 Anm. 1 a. E.; RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1103, OLG. Naumburg in Busch, Zeitschr. IV S. 269, Eck im Rechtslex. I S. 613. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche Abweichungen von der Norm des § 424 gestatten wollen; s. auch Petersen §§ 437—439 III 3, Gaupp II S. 430), ferner die §§ 425 Abs. 2, 427, 428—431, 433 Abs. 3 ohne Weiteres, die §§ 433 Abs. 1, 435 mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Zuschiebung bzw. Zurückschiebung die Auferlegung tritt, anzuwenden sind.

Wegen der §§ 422, 425 Abs. 1, 426 Abs. 2, 432, 433 Abs. 2 vgl. Anm. 2 und 3.

2) Abs. 2: Der einmal auferlegte Eid muß abgenommen werden, auch wenn sich die Partei des Meineides verdächtig gemacht hat. Ja, es ist zur Leistung des richterlichen Eides an sich auch derjenige fähig, welcher wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt ist. In diesem Falle ist jedoch die Zurücknahme seitens des Gerichts zulässig. Bei einfacher analoger Anwendung der §§ 422, 432 würde die Auferlegung des richterlichen Eides nur dann widerrufen werden können, wenn die Verurtheilung erst nach der Auferlegung eingetreten oder dem Gegner bekannt gemacht worden ist. Von dieser Bedingung

Elfter Titel. **Verfahren bei der Abnahme von Eiden.**

§ 440. Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.

N. Entw. § 637. Entw. I. § 402. Entw. II. § 416. Entw. III. § 422. Mot. S. 287, 288. Prot. S. 186, 187.

---

entbindet der Abs. 2. Das Gericht kann den Eid auch zurücknehmen, wenn die Verurtheilung schon vorher erfolgt war, und zwar selbst dann, wenn der Gegner dies gewußt hatte.

Aus Abs. 2 geht gleichzeitig heror, daß der Eid nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag zurückgenommen werden darf. Ueber den letzteren ist zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden. Der Antrag ist jedoch nicht zwingend für den Richter; der Ausdruck „gerechtfertigt“ soll nach der von dem Regierungs-Vertreter in der RTK. gegebenen Erläuterung nur andeuten, daß in Folge des Antrags das auf den Notheid lautende Erkenntniß für den Richter nicht mehr bindend sei, und daß der Richter zu prüfen habe, was nunmehr geschehen solle. Der Antrag, dies dadurch klarzustellen, daß an Stelle jenes Ausdrucks das Wort „zulässig“ gesetzt werde, erhielt nicht die Mehrheit der RTK.

Ist die Zurücknahme erfolgt, so gelangt nach § 433 Abs. 2, 3 die Sache in das Stadium vor der Auferlegung zurück, und es wird von neuem unter Aufhebung des Urtheils erkannt.

Ob das Urtheil bereits rechtskräftig war, ist auch hier unerheblich (§§ 432, 433, Wilm.-Levy Anm. 1, Endemann II S. 354).

Ist der Eid bereits geleistet, so ist noch Restitutionsklage zulässig (§ 543 Nr. 1).

3) Abs. 3 ist gleichfalls eine Konsequenz der dem vorliegenden Institute zu Grunde liegenden prinzipiellen Auffassung (§ 437 Anm. 1):

> „Vor Abschluß der Verhandlung ist kein Raum für den richterlichen Eid, als das letzte Mittel, die Wahrheit herauszubringen“ (Mot.).

Ein bloßer Beweisbeschluß wäre daher selbst unter den Voraussetzungen des § 426 Abs. 1 niemals an seiner Stelle. Das „bedingte Urtheil“ kann aber ebensowohl ein Zwischenurtheil sein [im Falle des § 426 Abs. 2, aber auch — anders als nach § 426 (s. das. Anm. 3) — zur Erledigung eines Zwischenstreits (s. RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 267, Fitting § 57 Anm. 6 S. 204)] als ein Endurtheil (auch Theilurtheil). In dem ersteren Falle gilt wegen des Zeitpunkts der Abnahme die Bestimmung des § 426 Abs. 2 Satz 2.

Elfter Titel.

> „Zur Vermeidung von Wiederholungen stellt nach dem Vorgange des P. E. §§ 550 ff. und des N. E. §§ 637 ff. der elfte Titel die Vorschriften über das Verfahren bei Abnahme der im Civilprozesse vorkommenden Eide zusammen. Die Vorschriften gelten sowohl für die Eide, welche die Parteien als zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid. Editionseid, Offenbarungseid (§§ 711, 769, 780 ff.), als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 266) als auch für diejenigen Eide, welche dritte Personen, Zeugen und Sachverständige, zu leisten haben“. (Mot.)

Im Uebrigen gelten auch für diesen Titel hinsichtlich der Beweisaufnahme im Allgemeinen die Bestimmungen des fünften Titels (§§ 320—335). Vgl. RG. II S. 371.

In Preußen finden nach d. AG. z. CPO. § 4 die Vorschriften der §§ 440—446 auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entsprechende Anwendung, welche zu der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht gehören.

§ 440.

1) Die Eidesleistung gilt als eine „höchst persönliche“ Handlung, zu welcher nicht (wie früher partikularrechtlich — Preuß. AGO. I 10 § 314, ALR. I 13 § 100) bevollmächtigt werden darf (vgl. § 77 Anm. 2). Auch durch Prokuristen und andere dauernd bestellte Stellvertreter darf nicht geschworen werden (was früher kontrovers war). Der gesetzliche Vertreter (§§ 435, 436, 438) gilt als Partei, bildet also keine Ausnahme.

2) Eine wirkliche Ausnahme bilden nach manchen (durch E. G. z. CPO. § 5 auch in dieser Beziehung aufrecht erhaltenen) Landesrechten die Landesherren und die Mitglieder landes-

§ 441. Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gericht erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Sitze desselben sich aufhält.

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der Wohnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte.

N. Entw. §§ 638, 647. Entw. I. § 403. Entw. II. § 417. Entw. III. § 423. Mot. S. 288. Prot. S. 187, 188.

---

herrlicher Familien, indem sie [in Preußen laut Kab.-Ord. v. 15. September 1836 (v. Kamptz, Jahrb. Bd. 48 S. 218)], den Eid durch einen Bevollmächtigten ableisten dürfen (vgl. Wach I S. 561 Anm. 10). Diese Befugniß gilt nach § 3 d. Preuß. AG. z. CPO. auch in den Fällen, in welchen der Eid nicht durch die sonst als gesetzliche Vertreter der Landesherren 2c. geltenden Behörden abgeleistet werden darf (s. § 435 Anm. 2).

Die gleiche Bevorzugung Anderer, z. B. der in Preußen begüterten Häupter der vormals reichsständischen Familien (vgl. Koch, Proz.-Ordn. S. 335 ff.), ist beseitigt. Vgl. auch Prot. z. GVG. S. 133 ff., Prot. z. CPO. S. 756 ff., Sten. Ber. d. Reichstags II. Legisl.-Periode 4. Sess. 1876 S. 391 ff.

§ 441.

1) Die Regel ist, daß die Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte erfolgt (vgl. § 320). Zu der Verhandlung ist in gewöhnlicher Weise zu laden (vgl. § 427 Anm. 2), wenn der Termin nicht verkündet ist (§ 195); die Zustellung muß, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, an diesen geschehen (vgl. § 162 Anm. 2). Die Abnahme des Eides geschieht durch den Vorsitzenden (§ 127).

2) Ausnahmsweise kann nach Abs. 1 unter gewissen, dem § 340 Nr. 3, 4 entsprechenden Voraussetzungen — aber auch nur in diesen Fällen, abgesehen von Abs. 2 — die Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angeordnet werden. Ein Antrag, jene Voraussetzungen durch den Zusatz, „oder sonst erhebliche Gründe dafür vorliegen" zu erweitern, ist von der RTK. abgelehnt. Die Anordnung kann nur nach Rechtskraft des bedingten Endurtheils und auch alsdann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung erfolgen (vgl. § 425 Anm. 2, RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1151, Seuffert Anm. 3, Gaupp II S. 434, Wilm. Levy § 427 Anm. 2, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 636 Anm. 16. A. M. Boas das. XXV S. 570 ff.). Sie ist unanfechtbar (vgl. § 320 Abs. 2, RG. XI S. 377).

Für die Terminsbestimmung und die Ladung vor den beauftragten oder ersuchten Richter gelten die §§ 326, 327, 335. Die Ladung erfolgt, weil es sich lediglich um einen Akt der Beweisaufnahme handelt, von Amtswegen.

— „vor einem anderen Gerichte" — vgl. §§ 320 Anm. 2, 337 Anm. 2.

3) Wegen der Beweisaufnahme im Auslande vgl. §§ 328 ff. Die Eidesleistung kann daselbst vor den Reichskonsuln erfolgen [Ges. v. 8. November 1867 § 20 (BGBl. S. 137), Gesetz über d. Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 §§ 12, 14, 15 (RGBl. S. 197)]. Vor den ausländischen Behörden (nicht den Reichskonsuln) genügen die am Orte der Eidesleistung üblichen Förmlichkeiten (vgl. § 334, RG. II S. 371; N. E. § 646, Koch, Proz.-Ordn. S. 336 Anm. 84).

4) Abs. 2 enthält eine zweite Ausnahme von § 320 — im Einklang mit § 196 Abs. 2. Vgl. auch §§ 340 Abs. 2, 440 Anm. 2; EG. z. GVG. § 5, EG. z. CPO. §. 5.

„Wohnung" — nicht Wohnort (vgl. § 347 Anm. 6). Ueber die Bedeutung s. § 165 Anm. 2.

— „vor einem anderen Gerichte" — Nach der von dem Vertreter der Reichsregierung in der RTK. gegebenen Erläuterung ist dieser Ausdruck gewählt, um, abweichend von § 158

§ 442. Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.

N. Entw. § 639. Entw. I. § 404. Entw. II. § 418. Entw. III. § 424. Mot. S. 288. Prot. S. 188.

§ 443. Der Eid beginnt mit den Worten:
„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden"
und schließt mit den Worten:
„So wahr mir Gott helfe".

N. Entw. § 640. Entw. I. § 405. Entw. II. § 419. Entw. III. § 425. Mot. S. 288, 289. Prot. S. 188–190, 550, 551, 554, 694–698. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. 1876 S. 233 ff.

---

d. GVG., nicht auszuschließen, daß nach Maßgabe der Landesgesetze, welche in dieser Beziehung aufrecht zu erhalten seien, ein anderes Gericht als das Amtsgericht mit der Abnahme des Eides beauftragt werde. Der Ausdruck hat aber hier keine andere Bedeutung als im Abs. 1 und in § 320 Abs. 1. [Vgl. auch Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 440–442 Nr. 3, Sarwey I S. 620, Gaupp II S. 435, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. anscheinend Endemann II S. 357. Kleiner II S. 462 vermißt wenigstens einen deutlichen Ausdruck jener Absicht.] Die Gegenpartei kann auch in diesem Falle der Beweisaufnahme beiwohnen (§ 322, Prot. S. 187).

5) Ueber die Folgen des Nichterscheinens des Schwurpflichtigen in den Fällen des § 441 s. § 430 Anm. 2.

§ 442.

1) — „in angemessener Weise" — Das Gesetz nimmt von einer ein für alle Mal formularmäßig vorgeschriebenen Belehrung (Preuß. AGO. I 10 §§ 188, 204, 368 und „Vorhaltungen" dazu, Hann. Ges. v. 25. April 1850 Anl. 1 u. 2) Abstand und überläßt Maß und Form der Ermahnung dem verständigen Ermessen des Gerichts nach den Bedürfnissen des Falles, insbesondere nach dem Bildungsstande und der ganzen Persönlichkeit des Schwurpflichtigen. Auch eine Belehrung in der Form einer allgemeinen Ansprache an alle Zeugen usw. ist zulässig (Petersen §§ 440–442 Nr. 4 a. E.)

2) Unter „Bedeutung des Eides" ist, wie in der RTK. unter allseitigem Einverständniß konstatirt wurde, nicht blos die allgemeine Bedeutung einer Eidesleistung überhaupt, sondern auch die Bedeutung des in dem konkreten Falle zu leistenden Eides zu verstehen. Vgl. StrPO. § 59.

3) Die Zuziehung eines Geistlichen nach Ermessen des Gerichts (Preuß. AGO. I 10 § 369) ist nicht aufgenommen und somit ausgeschlossen. Das Gesetz geht davon aus, daß der Richter die nöthige Belehrung selbst vorzunehmen habe. (So auch Seuffert Anm. 3, Puchelt II S. 286, Petersen §§ 440–442 Nr. 4, Kleiner II S. 463, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M.: Endemann II S. 357, OLG. Naumburg in Busch, Zeitschr. IV S. 270.) Dagegen können sog. Vorhalte seitens der Gegenpartei vom Vorsitzenden zugelassen werden, da sie häufig geeignet sind, auf die Bedeutung des konkreten Eides hinzuweisen (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 569).

§ 443.

1) Die Form der Eidesleistung ist wesentlich vereinfacht, indem § 443 eine allgemeine, „für alle Religions-Parteien, welchen der Monotheismus als die Grundlage des Glaubens gilt", sich eignende Eidesformel vorschreibt [vgl. auch Preuß. Ges. v. 15. März 1869 über die Eide der Juden (GS. S. 484)]. Die Hinzufügung weiterer konfessioneller Bekräftigungsformeln [vgl. Preuß. Kab.-Ord. v. 8. Aug. 1835 (GS. S. 182)] ist nicht gestattet. Auf die Zulässigkeit derselben ist nicht, wie ein Vertreter der Reichsregierung (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 233) — unter Widerspruch von anderer Seite (ebenda) — im Reichstage annahm, daraus zu schließen, daß die RTK. die Beobachtung hergebrachter Formalitäten bei der Eidesleistung für zulässig erachtete. (S. auch Sarwey I S. 622, Endemann II S. 358, Wilm. Levy Anm. 1, Bähr in Preuß.

§ 444. Der Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet. Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

Ist die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eidesnorm und die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittels Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

N. Entw. §§ 641, 642. Entw. I. § 406. Entw. II. § 420. Entw. III. § 426. Mot. S. 288. Prot. S. 190, 554, 699–701.

Jahrb. Bd. 51 S. 298 ff. u. A; minder bestimmt jetzt Seuffert Anm. 1. A. M.: Thilo, Komm. z. StrPO. S. 66 und jetzt auch Löwe, StrPO. 3. Aufl. § 62 Anm. 2; ferner Preuß. Just. Min. im JMBl. 1880 S. 369 ff.; freilich wird der Eid dadurch nicht ungültig — s. das Erk. das. S. 371, Rechtspr. d. RG. i. Str. S. VI S. 44.) Vgl. § 444 Anm. 2.

Anträge auf Streichung der Worte „bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden" (nach dem Beispiel Englands und Frankreichs) bzw. auf Einschaltung eines Paragraphen dahin:

> „Das Gericht kann gestatten, daß der Schwörende, welcher keiner der in einem Bundesstaate anerkannten Religionsgesellschaften angehört, den Eid statt mit den im § 443 vorgeschriebenen Anfangs- und Schlußworten bloß mit den Anfangsworten: „„Ich schwöre"" bekräftige",

sind von der RTK. abgelehnt; desgl. ähnliche Anträge im Reichstage (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 231 ff., 889 ff.). Auf die subjektive Religionsmeinung bzw. Religionslosigkeit des Schwurpflichtigen kommt es also nicht an (s. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 259, Siebenhaar S. 461 Anm.**, Puchelt II S. 288, Seuffert Anm. 1, Gaupp II S. 437 u. A.). Nur für gewisse Religionsgesellschaften gelten Ausnahmen (vgl. § 446, StrPO. § 62).

Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten den Eid in der ihnen geläufigen Sprache (GVG. § 190).

2) Das Institut der bloßen Versicherung an Eidesstatt („Handgelübde") in Rechtsstreitigkeiten über geringfügige Gegenstände (vgl. Bad. PO. §§ 572, 451, Oldenb. PO. Art. 149) ist nicht aufgenommen.

§ 444.

1) Abs. 1: — „mittels — Ablesens" — Das Ablesen empfiehlt sich nicht bloß für taube Personen (Preuß. AGO. I 10 §§ 227 Nr. 3, 315), sondern auch bei sehr verwickelten Eidesnormen, soweit nicht Abs. 2 angewendet wird.

Der zweite Satz war von der Redaktions-Komm. der RTK. in folgender Form:

> „Der Schwörende erhebt bei der Eidesleistung die rechte Hand"

eingeschaltet, nachdem in zweiter Lesung auf die gleiche Bestimmung in § 63 der StrPO. aufmerksam gemacht worden war. Bei der Revision der zweiten Lesung beantragten die Regierungen die Streichung, weil es unthunlich sei, eine und dieselbe Formalität für das ganze Reich vorzuschreiben, und es deshalb angemessener erscheine, die bisherigen Gewohnheiten in dem bisherigen Umfange fortbestehen zu lassen. Von anderer Seite wurde die Beibehaltung namentlich deshalb vertheidigt, weil die Unterscheidung in der Behandlung der beiden Geschlechter hinsichtlich der Eidesleistung dem Volksbewußtsein fremd geblieben sei. Die Mehrheit entschied sich für die Beibehaltung in modifizirter Fassung. Die Modifikation beruht auf einem Antrage des Abg. v. Schwarze, welcher den falschen Schluß aus der älteren imperativen Fassung vermeiden wollte, als ob die Nichterhebung der Hand eine Nichtigkeit des Akts begründe.

Das Resultat ist die instruktionelle Einführung der in Satz 2 bezeichneten Form für alle Religionsgesellschaften (abgesehen von § 446) an Stelle der bisherigen Gebräuche (z. B. in

§ 445. Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid mittels Abschreibens und Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hülfe eines Dolmetschers durch Zeichen.

N. Entw. § 643. Entw. I. § 407. Entw. II. § 421. Entw. III. § 427. Mot. — Prot. S. 190.

§ 446. Der Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Betheuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgiebt.

N. Entw. § 645. Entw. I. § 408. Entw. II. § 422. Entw. III. § 428. Mot. S. 289. Prot. S. 190.

Preußen), wonach evangelische und katholische Mannspersonen den rechten Arm mit den ausgestreckten drei sog. Schwurfingern erhoben, Frauen und Geistliche die ausgestreckten drei Finger auf die linke Brust legten (vgl. Preuß. AGO. I 10 § 315, Koch, Preuß. Civ.-Proz. S. 495 ff.). Andere Formalitäten, wo sie hergebracht sind, z. B. das Niederknieen oder das Auflegen der rechten Hand auf das Evangelium, sind zwar nicht ausgeschlossen (A. M. Puchelt II S. 287), können aber von dem Richter nicht erzwungen werden und sind selbstverständlich vollends nicht zur Gültigkeit der Eidesleistung erforderlich, welche nicht einmal durch die Beobachtung der reichsgesetzlichen Form (Satz 1) bedingt ist (vgl. N. E. § 642 Abs. 2). [Vgl. auch Wilm. Levy § 494 Anm. 2, Löwe, StrPO. 3. Aufl. § 63 Anm. 5c, Hellmann II S. 361, Petersen §§ 443—446 Nr. 2, Bähr a. a. O. S. 298 u. A.]

2) Abs. 2: Der von einer Seite beantragte Zusatz „oder ist ein Zeuge oder Sachverständiger zu beeidigen" ist von der RTK. abgelehnt. Die Beibehaltung der in manchen deutschen Staaten bisher herrschenden Sitte, den Zeugen und Sachverständigen die Eidesnorm blos vorzuhalten, um sie alsdann durch die Formel „Ich schwöre es, so wahr 2c." bekräftigen zu lassen, ist mithin unzulässig.

3) — „die Verweisung auf die letztere" — In welcher Art in der Eidesformel auf die Eidesnorm zu verweisen ist, unterliegt dem Ermessen des Gerichts. In der Regel wird die Einschaltung des Wortes „es" hinter „Ich schwöre" genügen (vgl. StrPO. § 288).

4) Abs. 3: vgl. § 440 Anm. 2, EG. z. GVG. § 5, EG. z. CPO. § 5.

§ 445.

Vgl. StrPO. § 63, Preuß. AGO. I 10 §§ 203 Nr. 6, 315.

Daß die Vertrautheit des Stummen und des Sachverständigen (Dolmetschers) mit den anzuwendenden Zeichen (Abs. 2) nothwendig ist (N. E. § 643 Abs. 2), ist selbstverständlich. Vgl. hinsichtlich der Dolmetscher GVG. §§ 190—193. Nöthigenfalls ist ein solcher auch bei der Vereidigung tauber Personen zuzuziehen (vgl. GVG. § 188).

§ 446.

Vgl. StrPO. § 64.

1) Die Mot. sagen:

„Die dem § 155 Nr. 1 des Strafgesetzbuchs konforme Vorschrift des § 446 ist nothwendig, um die Mitglieder von Religions-Parteien, welche den Eid für unerlaubt halten, vor den Folgen der Eidesweigerung zu schützen (vgl. Hann. PO. § 265, Bad. PO. § 574, Württ. PO. Art. 598, 484, Bayer. PO. Art. 473, H. E. § 421, P. E. § 558, N. E. § 645). Die betreffenden Bestimmungen der Partikularrechte bleiben in Kraft — für Preußen die Verordnung vom 11. März 1827 über die Eidesleistung der Mennoniten und die Kab.-Ordre vom 19. Novbr. 1836 (Jahrb. Bd. 49 S. 175) über diejenigen der Philipponen."

2) — „das Gesetz — gestattet" — nicht blos ein Reichsgesetz, sondern auch ein Landesgesetz, mag es zur Zeit der Verkündung der CPO. oder später erlassen sein (vgl. Nordd. Prot. S. 1017, 2333).

3) Die Mennoniten müssen nach der Preuß. Verordn. v. 11. März 1827 (GS. S. 28

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 447. Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.

N. Entw. § 648. Entw. I. § 409. Entw. II. § 423. Entw. III. § 429. Mot. S. 289, 290. Prot. S. 191–193.

---

ein die übliche Bekräftigungsformel enthaltendes Attest der Aeltesten ꝛc. der Gemeinde beibringen. Die Philipponen sprechen unter Zuziehung eines Stariks (Popen) in feierlicher Weise die Worte „Jey, Jey" aus (vgl. Koch, Proz.-Ordn. S. 279 ff.).

Wegen Bayern und Württemberg s. Kleiner II S. 467, Gaupp II S. 440. Wegen Elsaß-Lothringen s. D. J. Ztg. VII S. 599.

Zwölfter Titel.

1) Das Institut der „Sicherung des Beweises" („Beweis zum ewigen Gedächtnisse, probatio in perpetuam rei memoriam") ist aus dem gemeinen Rechte (vgl. Renaud S. 417 ff.) und den neueren deutschen Prozeßgesetzen (z. B. Preuß. AGO. I 33, Hann. PO. §§ 244 ff. ꝛc.) übernommen. Das Charakteristische ist, daß die Beweisaufnahme vor dem entsprechenden Prozeßabschnitte (§ 257), ja vor dem Prozesse überhaupt (§ 448 Abs. 3) und ohne Kognition über die Erheblichkeit stattfindet; ihre Bedeutung ist nur eine hypothetische. Aus jener Besonderheit erklären sich die Eigenthümlichkeiten des Verfahrens.

2) Die besonderen Vorschriften des HGB., nach welchen in gewissen Fällen auf einseitigen Antrag Beweisaufnahmen außerhalb eines eigentlichen Rechtsstreits stattfinden (s. § 447 Anm. 1), bleiben nach § 13 Abs. 1 d. EG. z. CPO. unberührt.

§ 447.

1) „Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen" — Nur hinsichtlich dieser Beweismittel besteht ein Bedürfniß, die Sicherung des Beweises zuzulassen. Unter Sachverständigen sind hier wenigstens in der Regel sachverständige Zeugen (§ 379) zu verstehen (vgl. § 449 Nr. 2; HGB. Art. 348, 365, 407, auch 609, 610; EG. z. CPO. § 13 Abs. 4). [Zustimmend Uebel I S. 414; vgl. auch Endemann II S. 362, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 447—450 I 1, 2. A. M. Gaupp II S. 441, welcher die sachverständigen Zeugen unter den Zeugen begreift.] Für Urkunden ist § 231 als ausreichend erachtet (vgl. § 231 Anm. 4, Nordd. Prot. S. 690, 691); daß eine Zeugen-Vernehmung auch zulässig ist, wenn sie sich auf eine Urkunde bezieht, z. B. zur Feststellung ihrer Echtheit dienen soll, ist selbstverständlich (Nordd. Prot. S. 694). [So auch Hellmann II S. 363. A. M. Puchelt II S. 289.] Auf den Beweis durch Eid ist das Institut der Natur der Sache nach nicht anwendbar.

— „kann — erfolgen" — d. h. kann, wie auch die Mot. ergeben, verlangt werden; das Gericht hat beim Vorhandensein der Voraussetzungen kein Ablehnungsrecht nach Ermessen (anders im Falle des § 450).

2) — „wenn — werde" — Die Gründe der Sicherung (Besorgniß des Verlustes oder Erschwerung der Benutzung) des Beweismittels können sachlicher (vgl. die Fälle Anm. 1) oder persönlicher Art sein (vgl. § 449 Nr. 4). Eine bestimmte Altersgrenze bei Zeugen zu fixiren (60 Jahre), hat die RTK. abgelehnt, nachdem auf die Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse hingewiesen worden war.

Auch im Auslande kann die Vernehmung nöthig werden; das Verfahren regelt sich dann nach § 328.

3) Zustimmung des Gegners ersetzt die Voraussetzungen des § 447 (§ 450).

4) Wegen der Gebühren s. § 455 Anm. 2.

§ 448. Das Gesuch ist bei dem Gericht anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgericht angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

N. Entw. § 649. Entw. I. § 410. Entw. II. § 424. Entw. III. § 430. Mot. S. 289, 290. Prot. S. 191, 192.

§ 449. Das Gesuch muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Gegners;
2. die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;
3. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
4. die Darlegung des Grundes, welcher die Besorgniß rechtfertigt, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde. Dieser Grund ist glaubhaft zu machen.

N. Entw. § 650. Entw. I. § 411. Entw. II. § 425. Entw. III. § 431. Mot. S. 290. Prot. S. 192, 193.

---

§ 448.

1) Abs. 1: Die Form des Gesuchs schließt den Anwaltszwang aus (§ 74 Abs. 2).

2) Abs. 2: — „dringender Gefahr“ — eine Potenzirung des in § 449 Nr. 4 bezeichneten Grundes, welche glaubhaft zu machen ist. In der Zwischenzeit von Verkündung des Endurtheils bis zur Ergreifung des Rechtsmittels ist der Rechtsstreit noch bei dem Gericht anhängig, welches das Endurtheil erlassen hat (vgl. § 162 Anm. 1). [Zustimmend Petersen §§ 447—450 II, Sarwey I S. 625, Wilm. Levy Anm. 1. A. M.: Uebel I S. 414, Gaupp II S. 443.] Ein Antrag, an Stelle von Abs. 3 im Abs. 1 hinter „anhängig ist“ hinzuzufügen:

„und wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, bei dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte“,

ist nach Hinweis auf § 13 d. EG, z. CPO. von der RTK. abgelehnt.

Das Gericht (Abs. 1), zumal wenn es ein Gericht höherer Instanz ist, wird ohnehin häufig die Beweisaufnahme einem Mitgliede oder einem anderen Gerichte übertragen (§§ 320, 335, 337 Abs. 2, 340).

— „sich aufhalten“ — vgl. §§ 18, 21.

3) Abs. 3: Im Gegensatz zum Abs. 2 ist in den Fällen des Abs. 3 die amtsgerichtliche Zuständigkeit eine ausschließliche.

§ 449.

1) — „muß enthalten“ — Das „muß“ bedeutet, daß der Mangel eines Erfordernisses das Gesuch hinfällig macht. Vgl. § 230 Anm. 2.

2) Nr. 1: „Gegners“ — d. h. des gegenwärtigen oder künftigen. Eine Ausnahme enthält § 455.

3) Nr. 2: vgl. §§ 336, 338, 339. Ein zusammenhängender thatsächlicher Vortrag, aus welchem auch die Erheblichkeit der Thatsachen hervorgeht, ist danach nicht erforderlich. Auch die Möglichkeit der Bestimmung von Rechtsverhältnissen (Sarwey I S. 626) braucht nicht dargethan zu werden. (Uebereinstimmend Endemann II S. 364, Gaupp II S. 444, v. Bülow Anm. 3 u. A.)

4) Nr. 3: vgl. §§ 121 Nr. 5, 255. Daß auch die „Sachverständigen“ hier zu benennen sind (abweichend von §§ 368, 369), entspricht den §§ 379, 338. Vgl. § 447 Anm. 1. Daß der

§ 450. Mit Zustimmung des Gegners kann die beantragte Beweisaufnahme angeordnet werden, auch wenn die Voraussetzungen des §. 447 nicht vorliegen.

N. Entw. – Entw. I. u. II. – Entw. III. – Mot. – Prot. S. 195, 196.

§ 451. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.

N. Entw. § 651. Entw. I. § 412. Entw. II. 426. Entw. III. § 432. Mot. S. 290. Prot. S. 193.

Richter noch andere Sachverständige nach Ermessen zuzieht (§ 135), ist nicht ausgeschlossen, wie in der RTK. konstatirt wurde. (Zustimmend v. Bülow Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 4.)

5) Nr. 4 entspricht dem § 447. Das Erforderniß der Glaubhaftmachung soll Chikanen verhüten.

§ 450.

Literatur: Schneider im civ. Arch. 66 S. 288.

1) Die in den §§ 447, 449 Nr. 4 enthaltene materielle Voraussetzung des Verfahrens wird durch die Zustimmung des Gegners ersetzt, jedoch nur in dem Sinne, daß das Gericht befugt ist („kann"), in diesem Falle die Beweisaufnahme anzuordnen. Die Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Wolffson eingeschaltet, und zwar, wie von dem Vorsitzenden konstatirt wurde, in dem Sinne, daß die Parteien in anhängigen Prozessen schon vor der mündlichen Verhandlung die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, wenn thunlich vor dem Gerichte, sonst vor einem Kommissar, durch übereinstimmenden Antrag sollen beantragen, desgleichen die Aufnahme des Augenscheins beanspruchen dürfen, vorbehaltlich jedoch der Befugniß des Gerichts, das Verlangen nach seinem Ermessen abzulehnen, und daß in den obigen Fällen, wenn möglich, der Termin zur mündlichen Verhandlung mit dem zur Beweisaufnahme zu verbinden sei. Von der Redaktions-Kommission ist sodann dem Zusatze eine Fassung gegeben, wonach die Bestimmung nicht auf den Fall eines bereits anhängigen Prozesses beschränkt ist, und diese Fassung hat von keiner Seite Widerspruch gefunden. In den Fällen des § 455 kann die Bestimmung selbstredend keine Anwendung finden. Das Bedürfniß einer solchen Vereinfachung ist z. B. bei Schadensersatzansprüchen wegen Zusammenstoßens von Seeschiffen, bei Streitigkeiten aus dem Viehkauf u. dgl. m. hervorgetreten. Vgl. auch Preuß. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 11. (Zustimmend Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 447—450 I 3, Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner II S. 473. A. M. v. Bülow Anm. 1, welcher die Anwendbarkeit auf anhängige Prozesse beschränkt.) Auch nach einem Beweisbeschlusse ist § 450 anwendbar (vgl. Schneider a. a. O.).

2) In manchen handelsrechtlichen Fällen (vgl. § 447 Anm. 1) ist sogar ein einseitiger Antrag ausreichend und das Gericht demselben stattzugeben verpflichtet. Auch die Vorschriften über die Verklarung (HGB. Art. 490 ff.) und über die Anhörung von Sachverständigen behufs Verkaufs des Schiffes (Art. 499 das.) bleiben unberührt (EG. z. CPO. § 13).

§ 451.

1) Abs. 2 entspricht dem § 324 Nr. 1, 2. Bezugnahmen auf den Inhalt des Gesuchs sind nicht ausgeschlossen (Nordd. Prot. S. 694). Eine Prüfung der Erheblichkeit der Beweise findet nicht statt (vgl. die allg. Bem. zu diesem Titel und Preuß. AGO. I 33 § 16). Wohl aber wird, wie bei Unzuständigkeit oder wegen Mangels der Erfordernisse des § 449, so auch im Falle klarer gesetzlicher Unzulässigkeit eines Beweismittels (z. B. nach § 341) der Antrag abzulehnen sein (vgl. N. E. § 654). [So auch Seuffert Anm. 2, Endemann II S. 316, Petersen §§ 451—454 Nr. 1 u. A.]

2) Die Entscheidung erfolgt mittels Beschlusses. Nur gegen den Beschluß, welcher dem

§ **452.** Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden, daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

N. Entw. §§ 652, 653. Entw. I. § 413. Entw. II. § 427. Entw. III. § 433. Mot. S. 290. Prot. S. 193, 194.

§ **453.** Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.

N. Entw. § 655, 656. Entw. I. § 415. Entw. II. § 428. Entw. III. § 434. Mot. S. 290. Prot. S. 194.

Antrag stattgiebt, ist die Beschwerde versagt, nicht gegen den ablehnenden Beschluß (vgl. § 530). Einer Zurücknahme des Beschlusses durch das Gericht selbst (vgl. § 453 Anm. 2) steht der Abs. 2 nicht entgegen, da er nur ein Rechtsmittel ausschließt (so auch Petersen a. a. O.)

§ 452.

1) Daß der Beweisführer zur Ladung des Gegners verpflichtet ist, enthält eine Abweichung von dem sonst die Beweisaufnahme beherrschenden Offizial-Prinzipe (vgl. §§ 326—335 Anm. 1, 2 u. § 191 Anm. 2). Zeugen und Sachverständige sind nach allgemeinen Grundsätzen von Amtswegen zu laden (vgl. §§ 453 Abs. 1, 342, 367).

2) — „sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann" — Ob dies zutrifft, entscheidet sich erst im Hauptprozesse nach richterlichem Ermessen (s. § 329 Abs. 4), wobei auch die subjektive Seite in's Auge zu fassen ist (vgl. § 454 Abs. 2). Die Beobachtung der Ladungsfristen (§ 194) ist also nicht gerade erforderlich. Ein Antrag, den Beweisführer in dem vorausgesetzten Falle zu verpflichten, dem Gerichte vor der Beweisaufnahme Anzeige zu machen, welches alsdann (wie im Falle des § 455) zur Bestellung eines Vertreters für den Gegner berechtigt sein solle, fand nicht den Beifall der RTK.

3) Die Befolgung der Vorschrift des Abs. 1 ist von materieller Bedeutung, wie § 454 Abs. 2 ergiebt. Das Gericht der Beweisaufnahme hat allerdings nach § 452 Abs. 2 nicht darauf zu achten.

4) — „seine Rechte wahrzunehmen" — vgl. §§ 322, 362 ff.

§ 453.

1) Abs. 1: vgl. §§ 336—379. Außer diesen Bestimmungen kommen aber auch die allgemeinen Vorschriften über die Beweisaufnahme (§§ 320 ff.) zu entsprechender Anwendung.

2) Einwendungen des Gegners werden nur insoweit zu berücksichtigen sein, als sie die Zulässigkeit der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen betreffen, und als ihr Grund sofort liquide ist (vgl. § 451 Anm. 1; Entw. I § 414, Hann. PO. § 246 Abs. 2, H. E. § 317). Ist dies der Fall, so wird auch der beauftragte oder ersuchte Richter die Vernehmung ablehnen können (vgl. Norbd. Prot. S. 695, 696; zustimmend Gaupp II S. 448. A. M.: Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 451—454 Nr. 1 a. E.). Das Recht des Gegners, später im Prozesse seine Einwendungen im vollen Umfange geltend zu machen, bleibt selbstverständlich unberührt (vgl. N. E. § 654 Abs. 3).

3) Wegen Anfechtung des auf die Einwendungen ergehenden Beschlusses s. § 451 Anm. 2 (vgl. Entw. I § 414 Abs. 2).

4) Abs. 2: Die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen und das Ergebniß des Augenscheins sind nach § 146 Nr. 3, 4 zu Protokoll festzustellen. Eine Mittheilung von Ab-

§ 454. Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei.

N. Entw. § 656. Entw. I. § 416. Entw. II. § 429. Entw. III. § 435. Mot. S. 290. Prot. S. 194.

§ 455. Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande sei, den Gegner zu bezeichnen.

Wird dem Gesuche stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekannten Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.

N. Entw. § 659. Entw. I. § 417. Entw. II. § 430. Entw. III. § 436. Mot. S. 290. Prot. S. 194, 195.

---

schriften des Protokolls an die Parteien (Preuß. AGO. I 33 § 27) ist nicht vorgeschrieben. Anträge, die Mittheilung an die Parteien oder doch an den nicht erschienenen Gegner des Beweisführers bei noch nicht anhängigem Rechtsstreite zu verordnen, sind von der RTK. abgelehnt. Es greift mithin lediglich die allgemeine Bestimmung des § 271 Platz, wonach die Parteien sich die Abschrift durch den Gerichtsschreiber ertheilen lassen können.

— „bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat" — in den Fällen der §§ 327 Abs. 2, 329 Abs. 3 nach Einsendung bzw. Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei.

§ 454.

1) Abs. 1: Die Mot. sagen:

„Die Beweiskraft der aufgenommenen Verhandlungen ist nicht, wie das kanonische Recht vorgeschrieben hat (vgl. auch Braunschw. PO. § 290), an eine bestimmte Zeitfrist gebunden. Die Interessen und Rechte des Beweisführers und seines Gegners in Betreff der Benutzung jener Verhandlungen im Rechtsstreite sind durch die §§ 454, 455 Abs. 2 und durch die allgemeinen Vorschriften des Beweisverfahrens genügend geschützt."

Vgl. c. 5 X. in lite non cont. (II 6); N. E. § 656 Abs. 2.

Obwohl die aufgenommenen Beweisverhandlungen formell die gleiche Beweiskraft haben, wie die im ordentlichen Beweisverfahren aufgenommenen, so bleibt es doch dem Gerichte selbstverständlich unbenommen (wie N. E. § 657 ausdrücklich verordnet), auch von Amtswegen die nochmalige Aufnahme oder die Ergänzung des zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen Beweises anzuordnen; andrerseits ist es aber auch befugt, eine von den Parteien beantragte Wiederholung als überflüssig abzulehnen (Nordd. Prot. S. 697).

2) Abs. 2: — „rechtzeitig" — d. h. so zeitig, daß er erscheinen konnte; vgl. § 452.

Der Schlußpassus lautete in den Entwürfen: „daß die rechtzeitige Ladung ohne sein Verschulden unterblieben sei" und ist erst von der RTK., wie geschehen, im Einklang mit § 452 („sofern — kann") verdeutlicht (vgl. auch v. Kries in d. Zeitschr. f. d. ges. Str. R. Wiss. VI S. 120).

Selbstverständlich ist nach § 267 das Präjudiz des Abs. 2 nicht von Amtswegen zur Geltung zu bringen (vgl. Endemann II S. 369, Gaupp II S. 450 u. A.).

§ 455.

1) Daß die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse einem unbestimmten Gegner gegenüber nur ausnahmsweise (anders Hann. PO. § 250) zugelassen wird, soll Mißbräuchen vorbeugen (vgl. Hann. Prot. V S. 2105 ff., XV S. 5653 ff.). Unter der im Abs. 1 bezeichneten Voraussetzung gestattet § 455 aber nicht nur (wie N. E. § 659 — Nordd. Prot. S. 692, 693) die

Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 456. Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs, aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.

N. Entw. § 660. Entw. I. § 418. Entw. II. § 431. Entw. III. § 437. Mot. S. 291. Prot. S. 196.

Einnahme des Augenscheins und Vernehmung von Sachverständigen, sondern auch die Vernehmung von Zeugen.

Die Ernennung des Vertreters (Abs. 2) gebührt dem Gericht (§ 448). Die Bestellung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

Der Grundsatz ist insbesondere wichtig in Bezug auf die Feststellung des Thatbestandes des von einem zur Zeit noch unbekannten Thäter angerichteten Schadens [Preuß. Ges. v. 11. März 1850 §§ 4, 5 (GS. S. 199)]. Bildet auch in diesem Falle die präparatorische Beweisaufnahme einen Theil des bevorstehenden Hauptprozesses, so ist doch die Anstellung des letzteren vorläufig noch unbestimmt; eine gewisse Aehnlichkeit mit einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann daher (was die Mot. in Abrede stellen) der Prozedur immerhin beigemessen werden (Mot. z. P. E. S. 207, Becker, Oldenb. PO. Anm. zu Art. 153).

2) Die Aufnahme einer Bestimmung (als Zusatz zu § 455) über die Verpflichtung des Beweisführers, die Kosten des Verfahrens vorläufig zu tragen (vgl. N. E. § 648, Preuß. AGO. I 33 § 28), hat die RTK. abgelehnt, obwohl über den Grundsatz sachliche Meinungsverschiedenheit obwaltete. Maßgebend war dabei wohl die Bemerkung des Regierungs-Vertreters, es seien alle Bestimmungen über die vorläufige Tragung von Kosten gestrichen, weil sie nicht in die CPO., sondern in die Gebührenordnung gehören [vgl. jetzt GKG. §§ 81, 84 u. d. allg. Bem. z. Buch I Abschn. 2 Tit. 5 (Prozeßkosten) unter 5]. Ob die Erstattung künftig im Hauptprozesse gefordert werden kann, hängt davon ab, ob die Kosten im einzelnen Falle als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig zu erachten sind (§ 87). Ob sie im Hauptprozesse benutzt sind (vgl. Seuffert allg. Bem. z. Tit. 12 unter 3), ist nicht entscheidend (vgl. H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 286; jetzt auch Wilm. Levy § 454 Anm. 1). Kommt es nicht zum Hauptprozesse, so giebt es — abgesehen von einem, übrigens wohl nur selten vorkommenden civilrechtlichen Fundament (Gaupp II S. 451) — kein besonderes Klagerecht (vgl. RG. XIII S. 325, Petersen §§ 451—454 Nr. 2 a. E. und jetzt auch Wilm. Levy a. a. O.).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 36 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 22, 29 Nr. 3, 30 Nr. 1.

Zweiter Abschnitt.

1) Der § 456 spricht die Regel aus, daß das Verfahren vor den Landgerichten (Abschn. 1) auch für dasjenige vor den Amtsgerichten, — und zwar auch in den besonderen Verfahrensarten, soweit nicht, z. B. bezüglich des Mahnverfahrens, Abweichungen bestimmt sind — maßgebend ist (vgl. d. allg. Bem. z. zweiten Buch); die §§ 457—471 enthalten die wichtigsten „Abweichungen" von dieser Regel.

2) Das amtsgerichtliche Verfahren findet auch auf das Verfahren vor den Konsuln und vor den Konsulargerichten Anwendung, jedoch mit der Modifikation, daß die §§ 313—319 nicht ausgeschlossen sind [Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 §§ 12, 15 (RGBl. S. 197)].

§ 457. Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.

N. Entw. § 187. Entw. I. § 419. Entw. II. § 432. Entw. III. § 438. Mot. S. 291, 292. Prot. S. 196.

In Preußen findet das Verfahren vor den Amtsgerichten (mit geringen Modifikationen) auch Anwendung:

a) auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Cöln gehören (AG. z. CPO. § 10 — vgl. Struckmann u. Koch Preuß. AG. S. 247);

b) auf die zur Zuständigkeit der Rheinschifffahrtsgerichte und der Elbzollgerichte in erster Instanz gehörenden Angelegenheiten (Ges., betr. die Rheinschifffahrtsgerichte, vom 8. März 1879 [GS. S. 129] § 7, Ges., betr. die Elbzollgerichte, vom 5. März 1879 [GS. S. 132] § 5, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 127, 137).

3) Eine in vieler Hinsicht ungerechte Kritik des amtsgerichtlichen Verfahrens enthält die Schrift von Gründler: Ist der Amtsgerichts-Civilprozeß in seiner jetzigen Gestalt lebensfähig? Berlin 1879. Vgl. dagegen Vierhaus in Busch, Zeitschr. II S. 133 ff. u. Küntzel in Gruchot, Beitr. XXIV S. 615 ff.; hiergegen wiederum Gründler in Busch, Zeitschr. III S. 263 ff. S. außerdem Koffka in Bödiker, Mag. I S. 83 ff. und dagegen Göring das. I S. 186 ff.; ferner Bähr: Noch ein Wort zum deutschen Civilprozeß. S. 53 ff. Kritische Bemerkungen enthält ferner Goldenring: Der amtsgerichtliche ordentliche Civilprozeß. Berlin 1879 (meistens zu Gunsten des franz. Rechts). — Den Prozeßgang im amtsgerichtlichen Verfahren schildert H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 489 ff. S. auch die kurze Darstellung des „amtsgerichtlichen Verfahrens" von Wieding im Rechtslex. I S. 94 ff. u. Hellmann, Lehrb. S. 606 ff. Eine systematische Zusammenstellung der auf den amtsgerichtlichen Civilprozeß in Preußen geltenden Vorschriften enthält Vierhaus: Preußische Amtsgerichtsordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Berlin u. Leipzig 1881. Vgl. auch Fidler: Der Amtsrichter in Preußen. 2 Thle. Paderborn 1881/2.

§ 456.

1) — „allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs" — vgl. §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 192, 194, 221.

2) — „nachfolgenden besonderen Bestimmungen" — vgl. §§ 457—471.

3) „Verfassung der Amtsgerichte" — vgl. §§ 45, 130 Abs. 3, 131, 149.

4) Die in Anm. 2 berührten „Abweichungen" lassen sich im Allgemeinen darauf zurückführen, daß in dem amtsgerichtlichen Verfahren eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§§ 74, 75; RAO. § 26), daß eine Verpflichtung zum Wechseln vorbereitender Schriftsätze nicht besteht (§ 120), und daß Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts erfolgen können (§ 152); die in Anm. 3 berührten Abweichungen darauf, daß den Amtsgerichten Einzelrichter vorstehen (GVG. § 22).

§ 457.

1) Die CPO. kennt drei Formen der Anbringung einer Klage bei dem Amtsgerichte, von denen die beiden ersten in § 457 aufgeführt werden:

1) schriftliche Einreichung bei dem Prozeßgerichte;
2) Anbringung zum Protokolle des Gerichtsschreibers;
3) mündlicher Vortrag der Klage bei gleichzeitigem Erscheinen beider Parteien vor Gericht in den Fällen der §§ 461 und 471.

Eine vierte, den Entwürfen (E. I § 420, E. II § 435), E. III § 441, nicht aber dem N. E. bekannte, dem französischen Recht (Code de proc. art. 415, vgl. auch Bayer. PO. Art. 591, P. E. § 573, H. E. § 465) entlehnte Form — die Aufnahme der Klage in die Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers — ist von der RTK. verworfen worden. Desgleichen

§ 458. Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.

N. Entw. — Entw. I. § 419. Entw. II. § 433. Entw. III. § 439. Mot. S. 292. Prot. S. 196.

§ 459. Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zu-

---

wurde eine der Hann. PO. § 384 entsprechende Einleitungsform, wonach der Kläger ohne Weiteres die Ansetzung eines Termins zur mündlichen Erhebung der Klage und zum weiteren Verfahren sowie die Vorladung des Beklagten zu diesem Termine beantragen kann, von der RTK. abgelehnt (Prot. S. 196—200).

2) Die Erhebung der Klage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit (§§ 230 Abs. 1, 235 Abs. 1) erfolgt bei den Einleitungsformen unter Nr. 1 und 2 durch die Zustellung der Klageschrift bzw. des Klageprotokolls (§ 460), bei der unter Nr. 3 durch den mündlichen Vortrag der Klage (§§ 461, 471 Abs. 2).

3) Bei Aufnahme der Klage zu Protokoll (Nr. 2) ist eine Mitwirkung des Richters ausgeschlossen (Norbd. Prot. S. 1059).

4) Wird die Klage schriftlich eingereicht, so sind die nöthigen Abschriften beizufügen (vgl. §§ 124, 155); wird sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht, so hat Letzterer für die Abschriften gegen Ersatz der Schreibgebühren (GKG. § 80) Sorge zu tragen (Puchelt II S. 299 Anm. 4, Gaupp II S. 454, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 806, Petersen §§ 457—461 Nr. 2 u. A. Vgl. auch Hann. PO. §§ 380, 381. Hellmann II S. 371 hält § 124 wegen seines Zusammenhanges mit § 120 auf das amtsgerichtliche Verfahren nicht für anwendbar, übersieht aber, daß der Klageschrift nicht deßhalb ihr vorbereitender Charakter genommen wird, weil vorbereitende Schriftsätze nicht geboten sind).

§ 458.

1) In den beiden in § 457 aufgeführten Fällen richtet sich das weitere Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 193, 233. (Wegen der Abweisung a limine s. insbesondere § 193 Anm. 3.) Der Amtsrichter hat also binnen 24 Stunden den Verhandlungstermin anzuberaumen, und sodann muß die Zustellung der Klage erfolgen. Für diese kann die Partei selbst Sorge tragen, indem sie damit unmittelbar einen Gerichtsvollzieher beauftragt (§§ 152 Abs. 2, 154); nach § 458 soll aber in Ermangelung einer entgegenstehenden Erklärung der Partei die Besorgung durch den Gerichtsschreiber erfolgen, indem der Letztere ohne Weiteres den Gerichtsvollzieher beauftragt oder unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersucht (§ 179). Die Ermächtigung (§ 153) wird also vermuthet. Die Zustellung ist nicht eine Zustellung „von Amtswegen" (vgl. §§ 156 Abs. 2, 173 Anm. 2). Der Ladung des Klägers bedarf es nicht, um gegen ihn das Versäumnißverfahren nach § 295 eintreten zu lassen (vgl. § 300 Anm. 3). Es ist seine Sache, sich nach dem Termine zu erkundigen und auf rechtzeitige Uebergabe der Zustellungsurkunde zu dringen. (So auch Gaupp II S. 456, Wilm. Levy Anm. 1, Kurlbaum in Gruchot, Beitr. XXIV S. 67, Göring a. a. O. S. 202 Anm. 1, Fischer a. a. O. S. 822, Seuffert Anm. 2 u. A.; vgl. auch Preuß. Gesch.-Anw. f. d. GV. § 34 Abs. 4. A. M. Sarwey I S. 634. Der von H. Meyer a. a. O. S. 496 und in Busch, Zeitschr. VII S. 315 empfohlene Ausweg für das Gericht, sich die Zustellungsurkunde vom Beklagten vorlegen zu lassen, führt zu keiner Gewißheit und ist daher nutzlos.)

2) Bei einer zu Protokoll angebrachten Klage behält das Gericht die Urschrift, und Abschriften sind beiden Parteien zuzustellen (vgl. Hann. PO. § 381). [Ebenso Puchelt II S. 299, v. Bülow Anm. 1. A. M.: Seuffert Anm. 3, Gaupp II S. 454, Wilm. Levy a. a. O., Petersen §§ 457—461 Nr. 2.]

§ 459.

1) Abs. 1: Die Einlassungsfrist (vgl. § 194 Anm. 1) ist — mit Ausnahme derjenigen in

stellung im Bezirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reich erfolgt; in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat das Gericht bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

N. Entw. § 662. Entw. I. § 419. Entw. II. § 434. Entw. III. § 440. Mot. S. 292. Prot. S. 196.

§ 460. Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolls erhoben.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 425 Abs. 1. Entw. III. § 441 Abs. 1. Mot. S. 292 Prot. S. 196–200.

§ 461. An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

N. Entw. § 663. Entw. I. § 423. Entw. II. § 436. Entw. III. § 442. Mot. S. 292, 293. Prot. S. 200.

Meß- und Marktsachen — kürzer bestimmt, als für das landgerichtliche Verfahren im § 234 Abs. 1. (Hinsichtlich des Wechselprozesses s. jedoch § 567 Abs. 2.) Eine weitere Verkürzung kann unter den Voraussetzungen des § 204 erfolgen. In der Berufungsinstanz findet nach § 485 die kürzere Einlassungsfrist nicht Anwendung (vgl. § 481 Anm. 1).

2) Abs. 2: Derselbe stimmt mit § 234 Abs. 2 überein.

3) Bei der Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung gelten die §§ 186 ff. Die Einlassungsfrist beträgt nach der offenbaren Absicht des Gesetzes Kraft des arg. ex majori ad minus mindestens eine Woche. (Vgl. Seuffert Anm. 4, Sarwey I S. 634, Petersen §§ 457–461 Nr. 3, Gaupp II S. 457 u. A. A. M. Hellmann II S. 372, welcher die dreitägige Einlassungsfrist anwenden will.)

§ 460.

Vgl. § 457 Anm. 1 u. 2.

§ 461.

1) Vgl. § 457 Anm. 1 u. 2.

2) Der § 461 unterstellt, daß die Parteien freiwillig zur Verhandlung des Rechtsstreits gleichzeitig vor Gericht erscheinen, und enthält die von sonstigen allgemeinen Grundsätzen der CPO. abweichende Vorschrift, daß das Gericht verpflichtet ist, ohne vorgängige Terminsbestimmung die Verhandlung vorzunehmen. (Vgl. Code de proc. art. 9, Hann. PO. § 383.) Voraussetzung ist aber das Erscheinen an ordentlichen Gerichtstagen, d. h. an den vom Gerichte im voraus zur Verhandlung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten regelmäßig zu bestimmenden und bekannt zu machenden Tagen. Auch der Fall gehört hierher, wenn zu spät im Termin erschienene Parteien bei demnach ruhendem Verfahren (§ 228 Abs. 2) gemeinschaftlich die Verhandlung der Sache beantragen (Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 263, 264). —

3) Selbstverständlich hat das Gericht die Befugnisse des § 206; indessen wird vorher die Klage im Sitzungsprotokolle festzustellen sein (§ 470). [Ebenso Petersen §§ 457–461 Nr. 1, Sarwey I S. 636 Anm. 3, Fitting § 62 Anm. 7, Wilm. Levy Anm. 1, § 471 Anm. 1 a. E. A. M.: Seuffert Anm. 3, Endemann II S. 376, Gaupp II S. 459, Lippmann im civ. Arch. 65 S. 399 ff., welcher mit Unrecht in dem Verfahren des § 461 (u. § 471) ein völlig eigengeartetes Prozeßverfahren ohne jeden Zwang erblickt. Nur das Versäumnißverfahren ist allerdings (wie im Falle des § 471) bei der ersten mündlichen Verhandlung ausgeschlossen. So auch Hellmann, Lehrb. S. 609.]

§ 462. Die Vorschriften der §§. 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urtheils, über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, oder wenn eine Intervention oder Streitverkündung erfolgen soll.

N. Entw. — Entw. I. § 421. Entw. II. § 437. Entw. III. § 443. Mot. S. 293. Prot. S. 205.

§ 463. Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihr Anträge und Erklärungen, auf welche sie ohne vorgängige Mittheilung voraussichtlich eine Erklärung in einer mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers mitgetheilt werden.

Diese Mittheilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

N. Entw. § 565. Entw. I. § 422. Entw. II. § 438. Entw. III. § 444. Mot. S. 293. Prot. S. 205.

---

§ 462.

1) — „wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist" — d. h. auf Betreiben einer Partei, nicht von Amtswegen. (So auch Petersen §§ 462, 463 Nr. 1, Gaupp II S. 460, Seuffert, Anm. 1 u. A.) Diese Fälle bilden einerseits den Gegensatz zur Klage (§§ 457, 458), andererseits zu den Fällen des § 463, in denen eine Ladung nicht stattfindet. Die Einlassungsfrist ist hier nicht zu wahren (vgl. § 194 Anm. 1).

Beispiele („insbesondere"): „Zwischenstreit" (§§ 119 Anm. 4a, 275 Anm. 1), „Berichtigung oder Ergänzung eines Urtheils" (§§ 291, 292), „Einspruch" (§§ 303 ff.), „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" (§§ 211 ff.), „Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens" (§§ 217 ff.) — ein „Zwischenstreit" besonderer Art (vgl. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 109), „Intervention" (§§ 63 ff.) — auf die Hauptintervention (§§ 61, 62) als Klage finden die §§ 457, 458 unmittelbar Anwendung; „Streitverkündung" (§§ 69 ff.).

2) Der Satz „oder wenn — erfolgen soll" ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. der Vollständigkeit halber hinzugesetzt worden, um auch für diese Prozeßhandlungen die bequeme Form der protokollarischen Erklärung zu ermöglichen. Die Erhebung einer zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärten Intervention oder Streitverkündung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 67, 70 (vgl. auch § 460) selbstverständlich erst mit der Zustellung.

3) Die vorbezeichneten Ladungen können entweder schriftlich behufs der Terminsbestimmung eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden, welcher in beiden Fällen als stillschweigend mit der Vermittelung der Zustellung beauftragt gilt. Die Ladungsfristen für den amtsgerichtlichen Prozeß bestimmt § 194.

§ 463.

1) Der § 463 bezieht sich vorzugsweise auf die in den §§ 123, 244, 245, 300 Nr. 3 gedachten Anträge und Erklärungen. Auch für sie soll — wie für die in § 462 aufgeführten Prozeßhandlungen — die bequeme Form der Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers ermöglicht werden.

2) Abs. 2: „unmittelbar" — d. h. ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers oder Gerichtsschreibers von Partei zu Partei im Gegensatz zu der „Zustellung eines Protokolls" im Abs. 1, welche unter Vermittelung des Gerichtsschreibers oder durch den Gerichtsvollzieher zu geschehen hat. [Endemann II S. 378, Hellmann, Lehrb. S. 610. A. M.: Gaupp II S. 461, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Petersen §§ 462, 463 Nr. 3, Seuffert Anm. 2, welche auch für die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers die Mittheilung im Sinne des Abs. 2 für zulässig halten. Diese Ansicht entspricht jedoch weder dem Wortlaute noch dem Zwecke des

§ 464. Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen.

N. Entw. § 667. Entw. I. § 424. Entw. II. § 439. Entw. III. § 445. Mot. S. 133, 134, 293. Prot. S. 205.

§ 465. Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist.

Ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

N. Entw. — Entw. I. § 425. Entw. II. § 440. Entw. III. § 446. Mot. S. 293. Prot. S. 205—208, 554.

---

§ 463, weil, wenn unter der Mittheilung im Sinne des Abs. 2 eine Mittheilung durch Zustellung des Protokolls eines Gerichtsschreibers zu verstehen wäre, es an einer Bestimmung darüber fehlen würde, daß sonstige Schriftstücke „von Partei zu Partei“ formlos mitgetheilt werden können.]

— „ohne besondere Form“ — z. B. durch briefliche Zusendung, persönliche Ueberreichung usw. im Gegensatz zu den Formen der §§ 173 ff., 181 Abs. 2.

3) Auf die Mittheilungen des § 463 Abs. 2 bezieht sich § 162 nicht (s. das. Anm. 3).

§ 464.

1) Der § 464 enthält eine starke Hinneigung zum Offizialprinzip. Er geht mit Rücksicht darauf, daß in dem amtsgerichtlichen Verfahren häufig rechtsunkundige und überhaupt wenig gebildete Personen auftreten (vgl. N. E. § 667 Satz 2), über die dem Vorsitzenden in den §§ 127, 130 ertheilten Befugnisse insofern hinaus, als der Amtsrichter nicht blos für eine erschöpfende Verhandlung der Sache, sondern auch dafür zu sorgen hat, daß die Parteien sachdienliche Anträge stellen, was mit zweckdienlichen Anträgen gleichbedeutend ist (vgl. Vierhaus in Busch, Zeitschr. II S. 141, Birkmeyer das. VII S. 159. A. M. Gründler: Ist der Amtsgerichtscivilprozeß usw. S. 10 ff.). Hierher gehören auch Belehrungen über die Beweislast (Petersen § 464 Anm.) oder über die Zulässigkeit der Beweismittel (Kleiner II S. 491, John, Strafprozeßordnung I S. 25). Der Amtsrichter muß mithin, wie die Mot. S. 133 hervorheben, auch dahin wirken, daß dem thatsächlichen Vorbringen der Parteien die gehörige Form gegeben und aus den Behauptungen der richtige Schluß gezogen werde. Die Einwirkung wird hauptsächlich mittels des Fragerechts (§ 130) erfolgen. (Vgl. auch Wach, Vortr. S. 54, Wieding a. a. O. S. 95.) Wegen der Echtheit der Urkunden vgl. § 468.

2) Die Vorschrift der Hann. PO. § 385 und des H. E. § 454, wornach der Amtsrichter verpflichtet sein soll, die Parteien über die im Unterlassungsfalle eintretenden Rechtsnachtheile zu belehren, hat keine Aufnahme gefunden (vgl. Nordd. Prot. S. 1061). Die Belehrung bleibt also dem Ermessen des Richters überlassen. Vgl. jedoch § 465 Abs. 2.

§ 465.

1) Abs. 1: Ueber den Gegensatz zwischen prozeßhindernden Einreden und Verhandlung zur Hauptsache vgl. § 247 Anm. 1.

Die Anwendbarkeit des § 247 Abs. 1 ist — mit der einzigen auf die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts bezüglichen Ausnahme — ausgeschlossen, theils um eine Verzögerung des Prozesses zu vermeiden, theils um rechtsunkundige Parteien vor den Nachtheilen

§ 466. Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 207.

---

zu bewahren, die ihnen leicht aus der Vorschrift des § 247 Abs. 1 erwachsen können (ebenso H. E. § 456 Abs. 1). Jene Ausnahme war nothwendig, weil die Einrede der Unzuständigkeit nach § 39 bei Vermeidung des Rechtsnachtheils der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung vor der Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache geltend gemacht werden muß. In den Fällen des § 247 Abs. 3 ist die Versäumung unschädlich. Dagegen tritt bei Versäumung des Termins die stillschweigende Vereinbarung nicht ein, sondern die Zuständigkeit ist von Amtswegen zu prüfen. Vgl. § 39 Anm. 2. S. auch GVG. § 106.

Für die übrigen Einreden bewendet es bei dem Gebot des § 247 Abs. 1 mit dem Präjudiz des Verlustes (vgl. § 247 Anm. 2).

2) Abs. 2: Diese Bestimmung ist auf Antrag des Abg. Grimm von der RTK. aufgenommen worden, um rechtsunkundige Parteien vor den Gefahren zu schützen, welche für sie aus dem Präjudize des § 39 entstehen können. Bei örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts findet er keine Anwendung.

Der Hinweis auf die Unzuständigkeit muß nach der Verhandlung des Klägers, aber vor der Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache erfolgen. Ist der Hinweis in diesem Zeitpunkte vorschriftswidrig unterblieben und verhandelt der Beklagte zur Hauptsache, so wird dadurch der Eintritt der stillschweigenden Prorogation nicht gehindert, da die Vorschrift nur eine lex imperfecta ist. Vgl. § 39 Anm. 2. (Zustimmend Seuffert Anm. 2, Endemann II S. 380, Petersen § 465 Nr. 1, Fitting in Busch, Zeitschr. VI S. 274 Anm. 35 u. S. 366 u. A.)

3) Abs. 3: Die in diesem Absatz enthaltene Abweichung von § 248 Abs. 1 beruht auf der Absicht, eine Verschleppung des Prozesses durch den Beklagten zu vermeiden. Die Anordnung der abgesonderten Verhandlung (§ 137) kann auch nach der Verhandlung zur Hauptsache geschehen und sich auf einzelne oder auf alle prozeßhindernden Einreden beziehen (Siebenhaar S. 471). Auf dieses Urtheil findet alsdann § 248 Abs. 2 Anwendung (Siebenhaar S. 471, Seuffert Anm. 1b, Sarwey I S. 640, Brettner in Böhlau, Mag. V S. 293 u. A. A. M. v. Bülow Anm. 2). Vgl. §§ 490 Anm. 3, 557 Anm. In dem Ausdrucke „verweigert" liegt, daß eine bloße Unterlassung der Verhandlung zur Hauptsache ohne zuvorige Aufforderung des Gerichts nicht den Rechtsnachtheil der §§ 129, 299 herbeiführen kann. (So auch Wach Vortr. S. 117. A. M. anscheinend Gaupp II S. 464.)

§ 466.

1) Der § 466 ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr in Konsequenz des § 249 aufgenommen worden. Auch hier ist ein Antrag des Klägers erforderlich. Vgl. § 249 Anm. 1, 2.

— „an das Landgericht" — Dieses kann nur das übergeordnete Landgericht sein, wie aus der entsprechenden Bestimmung „Amtsgericht des Bezirks" in § 249 hervorgeht (vgl. § 249 Anm. 1 a. E.). [Ebenso Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 641, Gaupp II S. 464, Wach im civ. Arch. 62 S. 400, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 112 u. A., jetzt auch Petersen §§ 465—467 Nr. 2.]

2) Abs. 2: — „anhängig" — vgl. § 11 Anm. 1, 2, § 249 Anm. 2. Die Ladung behufs Fortsetzung der Verhandlung vor dem Landgerichte, welche erst nach eingetretener Rechtskraft erfolgen kann, muß die Aufforderung an den Gegner zur Bestellung eines bei dem Landgerichte zugelassenen Anwalts enthalten (§ 192 Anm. 2). Dagegen ist, eben weil es sich um eine Fort-

§ 467. Wird in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrags (§. 240, Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des §. 253 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Theil der bei dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt.

N. Entw. §§ 20, 669 Abs. 2. Entw. I. § 426. Entw. II. § 441. Entw. III. § 447. Mot. S. 293, 294. Prot. S. 208.

---

setzung handelt, nicht die Einlassungsfrist einzuhalten; es genügt vielmehr die Wahrung der Ladungsfrist. Nach erfolgter Terminsbestimmung hat nach Analogie des § 506 Abs. 1 die Gerichtsschreiberei des Landgerichts von derjenigen des Amtsgerichts die Prozeßakten einzufordern (so auch Gaupp II S. 465).

3) Wegen der Verweisung vor die Kammer für Handelssachen vgl. GVG. § 102 Abs. 2.

4) Ueber die beim Amtsgerichte erwachsenen Kosten muß — abweichend von § 467 Abs. 2 — in dem Verweisungsurtheil erkannt werden (Petersen a. a. O., Gaupp II S. 466. A. M. Kleiner II S. 495). Der Unterschied vom Falle des § 467 ist der, daß das Amtsgericht von Anfang an unzuständig war. Ist aber in dem Verweisungsurtheil ein Ausspruch nicht erfolgt, so hat das Landgericht nach allgemeinen Grundsätzen (nicht nach § 467 Abs. 2) über die Kosten zu erkennen und wird hiernach der Kläger regelmäßig in die beim Amtsgerichte entstandenen Kosten zu verurtheilen sein.

§ 467.

1) Abs. 1: Die Vorschrift desselben ist eine Konsequenz der den Parteien in den §§ 240, 251, 253 gewährten Möglichkeit, durch Erhebung einer Widerklage, durch Erweiterung des Klagantrags oder durch Erhebung einer Präjudizial-Inzidentklage einen vor dem Amtsgerichte anhängigen Rechtsstreit auf Gegenstände oder Rechtsverhältnisse auszudehnen, welche zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören. Während es auf die örtliche Zuständigkeit in diesen Fällen nicht ankommt (s. § 253 Anm. 2), zeigt sich hier die größere Bedeutung der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit insofern, als von der Zuständigkeit des Landgerichts nicht ohne den übereinstimmenden Willen beider Parteien abgesehen werden darf.

2) — „ein Anspruch" — vgl. §§ 136, 137 Anm. 2.

— „die Feststellung eines Rechtsverhältnisses" — vgl. § 253 Anm. 5.

— „eine Partei" — sei es die Partei, welche den neuen Anspruch usw. erhebt, oder die Gegenpartei (nicht bloß der Kläger wie in § 466).

— „vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache" — d. h. hier, ehe über den neuen Anspruch eine weitere Verhandlung stattfindet, ähnlich wie bei der Einrede der Unzuständigkeit (§ 465). (Vgl. auch Renaud in Busch, Zeitschr. V S. 41.) Ist bezüglich des neu erhobenen Anspruchs Prorogation an ein Amtsgericht nicht zulässig (§ 40), so kann der Verweisungsantrag auch noch später gestellt werden, weil von einer stillschweigenden Prorogation nicht die Rede sein kann und das Amtsgericht seine Unzuständigkeit von Amtswegen würde aussprechen müssen. (Ebenso Puchelt II S. 305, Sarwey I S. 642, 643, Fitting § 62 Anm. 27 und im civ. Arch. 63 S. 247, Petersen §§ 465—467 Nr. 1 und in Busch, Zeitschr. II S. 192, v. Bülow Anm. 1, Gaupp II S. 466, Wilm. Levy Anm. 2, Wach a. a. O. S. 398 ff., Löning a. a. O. S. 107 ff., Renaud a. a. O. V S. 55, 56 u. A. A. M.: hinsichtlich des § 253 auch in der vorliegenden Beziehung Baron in Busch, Zeitschr. I S. 31 ff. und Hellmann II S. 376, 377 u. Lehrb. S. 143 ff. Vgl. auch § 253 Anm. 2 u. R. E. § 20.) Ohne Antrag kann

§ 468. Wegen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 207, 208.

§ 469. Die Vorschriften der §§. 269, 313—319 finden auf das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. § 443. Entw. II. § 449. Mot. S. 294. Prot. S. 208—213, 685, 686.

---

aber auch in diesen Fällen die Verweisung an das Landgericht nicht ausgesprochen werden (Löning a. a. O. S. 111 Anm. 140, Seuffert Anm. 1b und jetzt auch v. Bülow Anm. 2).

Auch wenn es an einer sonstigen Voraussetzung der Widerklage oder Präjudizial-Inzidentklage fehlt (vgl. §§ 33 Anm. 2, 253 Anm. 5), ist die Verweisung unzulässig; die Widerklage usw. muß vielmehr vom Amtsgerichte als unstatthaft zurückgewiesen werden (Seuffert Anm. 1a).

3) Abs. 2: vgl. § 466 Anm. 2. Ueber den gesammten Rechtsstreit in der ihm gewordenen Ausdehnung wird in einem Verfahren entschieden. Vgl. GKG. § 30.

4) Wegen der Verweisung vor die Kammer für Handelssachen bzw. an die Civilkammer vgl. GVG. §§ 102 Abs. 2, 103.

5) Wegen des umgekehrten Falls, wenn bei dem für die Vorklage zuständigen Landgericht eine an sich vor das Amtsgericht gehörige Widerklage erhoben wird, vgl. § 33 Anm. 5, Löning a. a. O. S. 113.

6) War in erster Instanz dem rechtzeitig gestellten Verweisungsantrage mit Unrecht nicht Folge gegeben, so ist noch in der Berufungsinstanz die Verweisung an das Landgericht, d. h. an dasselbe Landgericht als erste Instanz, auszusprechen; auch kann ein Verweisungsantrag noch neu in der Berufungsinstanz gestellt werden, da § 491 Abs. 2 nicht entgegensteht. Dieser Antrag ist jedoch nur rechtzeitig, wenn entweder die Prorogation ausgeschlossen war oder die sachliche Unzuständigeit erst durch Erweiterung der Anträge in zweiter Instanz eintrat. (So auch Seuffert Anm. 4.) Andrerseits kann durch theilweise (zulässige) Zurücknahme des Klagantrags die anfänglich nicht vorhandene Zuständigkeit des Amtsgerichts dergestalt hergestellt werden, daß dieses sich nicht mehr für unzuständig erklären kann (vgl. § 243 Abs. 3); § 235 Abs. 2 Nr. 2 hat nicht die umgekehrte Bedeutung, daß die sachliche Unzuständigkeit nicht durch Zurücknahme eines Theils des Klagantrags beseitigt werden könnte (vgl. Wilm. Levy Anm. 2 a. E. A. M. Seuffert § 235 Anm. 3b).

7) Bezüglich der Gebühren bildet das Verfahren vor dem Landgerichte mit demjenigen vor dem Amtsgerichte eine Instanz (GKG. § 30 Abs. 1, GO. f. RA. § 26).

§ 468.

1) Der § 468 ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommen, offenbar im Zusammenhange mit dem Grundsatze des § 464; ein weitergehender Antrag, auch eine Thatsache nur dann als zugestanden anzusehen, wenn eine Aufforderung zur Erklärung durch das Gericht erfolgt sei, ist abgelehnt. Eine analoge Bestimmung bezüglich der Erklärung auf eine Eideszuschiebung findet sich ohne Beschränkung auf das amtsgerichtliche Verfahren in § 420.

2) „Wegen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen" — nämlich nach § 404 Abs. 3.

— „aufgefordert" — Bleibt die Aufforderung erfolglos, so wird die Aufforderung sowohl wie der Umstand, daß derselben nicht entsprochen ist, zu Protokoll festzustellen sein; erfolgt eine Erklärung, so ist die Protokollirung der Aufforderung nicht erforderlich (s. auch Petersen §§ 468—470 Nr. 1, Sarwey I S. 644 u. A. A. M.: Gaupp II S. 470 u. Wilm. Levy Anm., Seuffert Anm., welche die Feststellung im Thatbestande des Urtheils für genügend halten).

§ 469.

1) Die Nichtanwendbarkeit des § 269 (Verlesen der Anträge) ist eine Konsequenz davon,

§ 470. Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.

Geständnisse, sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.

N. Entw. § 668. Entw. I. § 427. Entw. II. § 444. Entw. III. § 450. Mot. S. 294, 295. Prot. S. 208–213, 554, 555, 701, 702. 168. Sitzg. S. 6.

---

daß der Anwaltszwang und das Gebot, vorbereitende Schriftsätze zu wechseln, für das amtsgerichtliche Verfahren nicht bestehen (vgl. §§ 74, 75, 120).

2) — „§§ 313—319 — keine Anwendung" — d. h. das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen usw., also auch § 250.

§ 470.

1) Im Interesse einer raschen und zusammenhängenden mündlichen Verhandlung hat § 470 die Nothwendigkeit der Protokollirung noch weit mehr beschränkt, als dies schon durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 146, 269, 270 geschehen ist.

2) Der Abs. 1 stellt die Regel auf, daß das Ermessen des Gerichts darüber zu entscheiden hat, was von den Anträgen und Erklärungen der Parteien zu protokolliren sei.

> „Das Gericht kann die Protokollirung von Anträgen und Erklärungen der Parteien unterlassen. In diesem Falle hat es dieselben, soweit es erforderlich ist, in den Thatbestand aufzunehmen" (Mot.).

Abs. 2 bestimmt dasjenige, was — in Abweichung von jener Regel — auf Antrag einer Partei zu Protokoll festgestellt werden muß.

Anträge, welche im näheren Anschlusse an H. E. § 455 und Hann. PO. § 386 eine Protokollirung in weiterem Umfange herbeizuführen und statt dessen das Berichtigungsverfahren (§ 291) im Parteiprozesse zu beseitigen bezweckten, sind von der RTK. abgelehnt. Vgl. auch Hann. Prot. VIII S. 3009 ff., 3048 ff., 3067 ff., XVI S. 6000 ff., Nordd. Prot. S. 1063—1065, 1069, Mot. z. P. E. S. 60.

3) „Anträge und Erklärungen" — vgl. §§ 121 Nr. 2—5, 269, 270.

— „durch das Sitzungsprotokoll — festzustellen" — Das Gesetz hat hierbei nur die Aufnahme in das Protokoll selbst (§ 146 Abs. 2) vor Augen, nicht auch die Aufnahme in eine Schrift, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt ist (§§ 146 Abs. 3, 269, 270), indem letztere Art der Feststellung sich vorzugsweise für den Anwaltsprozeß eignet. Wenn übrigens auch der Amtsrichter einer Partei nicht aufgeben kann, dasjenige, dessen Protokollirung er für angemessen erachtet, in einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze niederzulegen, so ist es andrerseits nicht ausgeschlossen, daß, sofern eine Partei auf Veranlassung des Amtsrichters dieses freiwillig thut, ein solcher Schriftsatz nach vorgängiger Vorlesung und Genehmigung als Theil des Protokolls angesehen wird. Eine ausgedehnte Anwendung dieses Mittels würde aber geradezu dem Geiste des Gesetzes widersprechen, da sie leicht zu einem Rezessiren zu Protokoll führen könnte, welches eben durch die Bestimmungen des § 470 verhütet werden soll. (Wilm-Levy Anm. 2, Hellmann II S. 380, Sarwey I S. 645, Gaupp II S. 472, jetzt auch Petersen §§ 468—470 Nr. 3, Seuffert Anm. 2 u. A.)

4) — „bei dem Schlusse — ergeht" — vgl. §§ 251, 256. Im Laufe der mündlichen Verhandlung soll also nicht protokollirt werden. Besteht die mündliche Verhandlung aus mehreren Terminen, so wird in der Regel erst im letzten Termin protokollirt (s. H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXIV S. 499); jedoch kann — abweichend von §§ 251, 256 — auch schon bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung protokollirt werden, auf welche ein Beweisbeschluß ergeht, und wird dies in manchen Fällen sogar sehr zweckmäßig sein. Diese Vorschrift dient (nach den Mot.) dazu, das Verfahren vor Zersplitterung zu bewahren, der mündlichen Verhandlung die erforderliche Raschheit und Frische zu sichern und die

§ 471. Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des Gegenstandes seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuchs den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien, und wird ein Vergleich geschlossen, so ist derselbe zu Protokoll festzustellen. Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so wird auf Antrag beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Ist der Gegner nicht erschienen, oder der Sühneversuch erfolglos geblieben, so werden die erwachsenen Kosten als Theil der Kosten des Rechtsstreits behandelt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. S. 215, 216. Prot. S. 200—203, 555, 702.

Protokollirung auf dasjenige zu beschränken, was sich in dem Zeitpunkte, in welchem sich die ganze Sache übersehen läßt, als wesentlich und zur Protokollirung geeignet herausstellt. Hierdurch wird allerdings das vorherige Protokolliren einzelner Erklärungen, insbesondere der in § 470 Abs. 2 bezeichneten, nach Ermessen des Richters nicht unbedingt ausgeschlossen [vgl. Siebenhaar S. 472 Anm.*, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., v. Bülow Anm. 1, Vierhaus in Busch, Zeitschr. II S. 156, H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVII S. 317 ff. A. M.: Wach, Vortr. S. 35 ff., Gaupp II S. 471, 472. Die Unterscheidungen Gründler's in der oben S. 510 angef. Schrift S. 20 ff. entbehren der gesetzlichen Grundlage. Vgl. dagegen Vierhaus a. a. O. S. 153. S. auch Goldenring in der oben S. 510 angef. Schrift S. 35].

5) — „für angemessen erachtet" — Es ist also alles dem Ermessen des Amtsrichters anheimgestellt. Er kann einerseits Anträge der Parteien auf Protokollirung (abgesehen von Abs. 2) zurückweisen. und andererseits von Amtswegen die Protokollirung anordnen. Die Protokollirung kann namentlich unterbleiben, wenn — was bei den Amtsgerichten die Regel sein wird — die Urtheilsverkündung sofort erfolgt und alsdann die wesentlichen thatsächlichen Erklärungen der Parteien in den Thatbestand des Urtheils (s. §§ 284 Nr. 3, 285) aufgenommen werden. Dieser Thatbestand unterliegt nach Maßgabe des § 291 der Berichtigung. [Ueber die Bedeutung des Thatbestandes vgl. auch Vierhaus a. a. O. S. 151 ff., Goldenring a. a. O. S. 42, 43. (Wegen der Gründe des Urtheils s. das. S. 43 ff.) Umgekehrt will Wernz in Hauser, Zeitschr. III S. 407 Erklärungen usw. nur soweit durch das Protokoll feststellen, als sie für die Entscheidung den Thatbestand bilden und nicht in der Klage oder einem mitgetheilten Schriftstücke enthalten sind. Das Richtige ist wohl, daß der Amtsrichter die Wahl zwischen der einen oder der anderen Art der Feststellung hat und nicht durch Vorschriften wie §§ 269, 270 gebunden ist (s. jedoch Abs. 2).]

6) Abs. 2: Die auf die Geständnisse (§ 261) und die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide (§§ 417 ff.) bezügliche Ausnahme (vgl. § 70 Abs. 2) steht, wie die Mot. hervorheben, mit der dispositiven Natur des Geständnisses und des zugeschobenen Eides sowie mit der Wirksamkeit dieser Erklärung für die höheren Instanzen (§ 495 Abs. 1) in Verbindung. Ein Antrag, im Abs. 2 noch „Anträge" beizufügen, war von der RTK. zwar angenommen; der Zusatz wurde aber schließlich dem Wunsche des Bundesraths gemäß wieder gestrichen.

7) — „auf Antrag" — Von Amtswegen hat auch die Protokollirung der im Abs. 2 aufgeführten Prozeßhandlungen nicht zu erfolgen.

8) Der § 470 handelt überhaupt nur von „Anträgen und Erklärungen einer Partei" und enthält blos die Ausführung des § 146 Abs. 2 Nr. 2 für das amtsgerichtliche Verfahren (wie die §§ 269, 270 für das landgerichtliche). Die übrigen im § 146 vorgesehenen Feststellungen (Abs. 2 Nr. 1, 3—6) müssen im amtsgerichtlichen Verfahren gleichfalls erfolgen, insbesondere diejenigen der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen.

9) Unzweifelhaft gilt nach § 456 die Vorschrift des § 149, daß zur Aufnahme des Protokolls ein Gerichtsschreiber zuzuziehen sei, ungeachtet des dem Amtsrichter in § 470 gegebenen

freien Ermessens auch für das amtsgerichtliche Verfahren, da ihre Unanwendbarkeit für dasselbe nirgends ausgesprochen ist, auch der Grund der Vorschrift hier ebenso zutrifft (vgl. jedoch Siebenhaar S. 467, Goldenring a. a. O. S. 34).

§ 471.

1) Der § 471 beruht auf Anträgen der Abg. v. Puttkamer und Struckmann, welche in der RTK. bei der ersten Lesung angenommen und bei der zweiten Lesung durch einen Antrag des Abg. Wolffson modifizirt wurden. Es wird dadurch ein amtsgerichtliches Sühneverfahren eingeführt, an welches sich im Falle des Mißlingens des Sühneversuchs unter gewissen Voraussetzungen sofort ein Prozeßverfahren vor dem Amtsgerichte anschließen kann. Aehnliche Einrichtungen bestanden u. A. im Gebiete des franz. Rechts (sog. Avertissementsverfahren); vgl. auch Bayer. PO. Art. 222, Hann. PO. § 175, Württ. PO. Art. 308.

2) Abs. 1: „Klage zu erheben" — sei es vor dem Amtsgerichte oder vor dem Landgerichte. Vgl. Anm. 5.

— „beabsichtigt" — Das hier geregelte Sühneverfahren muß der Erhebung der Klage vorausgehen.

3) — „kann" — Eine Verpflichtung für den Kläger, den Beklagten zum Zwecke des Sühneversuchs vor den Amtsrichter laden zu lassen (wie nach dem Code de proc. art. 48) findet im Einklange mit sämmtlichen neueren Gesetzgebungen nicht statt (vgl. Mot. zur Hann. PO. § 175).

— „unter Angabe — Anspruchs" — Eine Angabe der den Anspruch begründenden Thatsachen ist nicht erforderlich.

— „ladet" — unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers (vgl. §§ 152, 153).

— „allgemeinen Gerichtsstand" — vgl. §§ 12—20; selbst im Falle eines ausschließlichen Gerichtsstandes.

4) Abs. 2: Der erste Satz entspricht der Vorschrift des § 146 Abs. 2 Nr. 1. Aus dem Vergleiche findet nach § 702 Nr. 2 die Zwangsvollstreckung statt.

Wegen der Gebühren s. § 93, GKG. §§ 21, 23, 41 (in der Fassung d. Ges. v. 29. Juni 1881), 101, GO. f. RA. § 37.

5) Im Falle des Mißlingens der Sühne kann sich die sofortige Verhandlung des Rechtsstreits nur dann anschließen, wenn beide Parteien darauf antragen. Hierzu genügt, daß dem von einer Partei gestellten Antrag die andere Partei beitritt. (Vgl. jedoch Endemann II S. 386 Anm. 4.) Dahin ist der Beschluß, wornach der Kläger das Recht hatte, wenigstens die Klage sofort durch mündlichen Vortrag zu erheben, falls er dieselbe überhaupt beim Amtsgerichte anhängig machen wollte, in zweiter Lesung von der RTK. abgeändert worden. Auf beiderseitigen Antrag kann die Verhandlung des Rechtsstreits auch in Sachen eintreten, die an sich zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören, insoweit überhaupt bei denselben eine Prorogation zulässig ist (§ 40 Abs. 2). Ist Letzteres nicht der Fall, so kann von einer Verhandlung zur Hauptsache nicht die Rede sein.

Die Bestimmung, daß bei alsbaldiger Verhandlung des Rechtsstreits die Erhebung der Klage durch den mündlichen Vortrag derselben erfolgt, entspricht dem § 461 Abs. 2. Vgl. § 254. Die Klage muß in diesem Falle protokollirt werden. Vgl. § 461 Anm. 3. (So auch Wilmowski-Levy Anm. 3 a. E. A. M.: Gaupp II S. 475, Seuffert Anm. 5 u. A., welche auch hier auf die schriftliche Feststellung der Klage den Grundsatz des § 470 Abs. 1 anwenden wollen.)

Erfolgt ein beiderseitiger Antrag auf sofortige Verhandlung nicht, so hat der Kläger seine Klage in den regelmäßigen Formen des § 457 zu erheben.

6) Abs. 3: vgl. § 87, GKG. § 41, GO. f. RA. § 37 in Verbindung mit § 13 Nr. 3. Jeder auch nur mittelbare Zwang des Gegners zum Erscheinen, wie er in der Verpflichtung zur Tragung der Kosten des vergeblichen Termins liegen würde (vgl. Hann. PO. § 385 Abs. 2), ist vermieden worden.

Erscheint der Ladende nicht, oder erhebt er nach gescheitertem Sühneversuch die beabsichtigte Klage nicht, so hat der erschienene Gegner selbstverständlich Anspruch auf Ersatz der ihm erwachsenen Kosten, kann denselben aber nur im Wege einer förmlichen Klage geltend machen (Endemann II S. 387, Sarwey I S. 648, Gaupp II S. 475 u. A.).

7) In dem Sühnetermine ist, wie in der RTK. ausdrücklich konstatirt wurde, eine Vertretung der Parteien durch Bevollmächtigte in Gemäßheit des § 75 nicht ausgeschlossen.

8) Auch im amtsgerichtlichen Verfahren kann das Gericht jederzeit von der Befugniß des § 268 Gebrauch machen, gleichviel ob ein Sühneverfahren nach Maßgabe des § 471 vorausgegangen ist oder nicht.

9) Ueber das reichsgesetzlich zugelassene (in einzelnen Bundesstaaten bestehende) Vorverfahren vor den Gemeindegerichten in geringfügigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vgl. GVG. § 14 Nr. 3.

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

Erster Abschnitt.

Berufung.

§ 472. Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile statt.

N. Entw. § 767. Entw. I. § 429. Entw. II. § 446. Entw. III. § 452. Mot. S. 40, 41, 296—298. Prot. S. 213—231, 725—731.

Drittes Buch.

Literatur: Harras v. Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Civilprozeß nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung. Wien 1879; v. Kries: Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze. Breslau 1880; Barazetti: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde nach der R.CPO. Berlin 1882; Birkmeyer u. v. Lilienthal im Rechtslexikon (s. v. „Rechtsmittel") III S. 289 ff.; Wieding das. (s. v. „Berufung") I S. 308 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 665 ff.

1) Unter „Rechtsmitteln" — „den Mitteln rechtlicher Selbstkorrektur des Prozeßorganismus", wie Bülow: Dispos. Civilprozeßrecht u. s. w. S. 27 sich in bezeichnender Weise ausdrückt — versteht die CPO. nur diejenigen prozessualischen Rechtsbehelfe, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben (§ 645), vor einem höheren Richter angefochten werden. Daher gehören — wie der Inhalt des dritten Buches ergiebt — nur die Berufung, die Revision und die Beschwerde zu den Rechtsmitteln, nicht aber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeitsklage, die Restitutionsklage und der Widerspruch (gegen einen Zahlungsbefehl). Eine Unterscheidung von „ordentlichen" und „außerordentlichen" Rechtsmitteln läßt sich mit dem System der CPO. nicht vereinigen. [Vgl. EG. z. CPO. § 19 Anm. 2; Hinschius: Ueber den Begriff des Rechtsmittels nach D. Reichs-Civilprozeßrecht in Busch, Zeitschr. I S. 7 Anm.* und dagegen Bolgiano ebenda II S. 110 ff., III S. 119 ff.; s. auch v. Kries a. a. O. S. 8—10. Nicht ganz deutlich ist die Definition Wach's (Vortr. S. 179): „Rechtsmittel ist nach CPO. nur das in den Lauf des Prozesses fallende, den Prozeß fortführende Mittel zur Anfechtung eines richterlichen Dekrets."]

2) Eine Zusammenstellung der sämmtlichen Rechtsmitteln gemeinsamen Vorschriften (Württ. PO. Art. 641—647, P. E. §§ 582—614, StrPO. §§ 338—345) ist nicht vorausgeschickt, vielmehr — ähnlich wie für das erstinstanzliche Verfahren der landgerichtliche Prozeß — für das Verfahren in den höheren Instanzen die Prozedur in der Berufungsinstanz zusammenhängend geregelt und auf diese Vorschriften in dem Abschnitte von der Revision zurückverwiesen (§ 529), während das völlig abweichende Verfahren in der Beschwerdeinstanz einer besonderen Regelung (§§ 530—540) bedurfte.

3) Sämmtliche Rechtsmittel hemmen die Rechtskraft des Urtheils (§ 645); wegen der Vollstreckbarkeit s. §§ 644 ff. und rücksichtlich der Beschwerde § 535. — Die Verhandlungs-

maxime bringt es mit sich, daß, abgesehen von dem Anschlusse des Gegners (§ 482, 518), die angegriffene Entscheidung nicht zum Nachtheil der Partei, welche das Rechtsmittel ergriffen hat, abgeändert werden darf (keine reformatio in pejus).

Erster Abschnitt.

Mot. S. 39—41, 295, 296. Prot. S. 213—231.

1) Ueber das Wesen der Berufung bemerken die Mot.:

„Die Berufung stimmt dem Grundcharakter nach mit der römisch-rechtlichen Appellation überein. Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugniß der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung oder Berichtigung des unterrichterlichen Urtheils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurtheilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter. Daß das neue Verfahren mit dem voraufgegangenen Verfahren, insbesondere mit dem in diesem erlassenen Urtheil, welches angefochten wird, im nächsten Zusammenhange steht, ist selbstverständlich und das Fortwirken gewisser in erster Instanz bereits eingetretener Rechtsnachtheile nicht ausgeschlossen."

[Vgl. Leonhardt im N. Mag. f. Hann. Recht Bd. 8 S. 88 ff., Wach, Vortr. S. 182 ff., v. Kries a. a. O. S. 145 ff., Wieding a. a. O.

2) Die Entwürfe I u. II hatten die Berufung nur gegen die Endurtheile der Amtsgerichte beibehalten, gegen die erstinstanzlichen Endurtheile der Kollegialgerichte aber die Berufung ausgeschlossen und statt derselben ein — mit einer einzigen, die Auslegung der Urkunden betreffenden Ausnahme — auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, eine revisio in jure, gewährt. Durch Beschluß des Bundesraths wurde jedoch im Entwurf III — in Uebereinstimmung mit fast sämmtlichen bestehenden Gesetzgebungen — die Berufung auch gegen die erstinstanzlichen Urtheile der Kollegialgerichte wieder hergestellt. Ein Antrag, die Bestimmungen der ersten Entwürfe wieder aufzunehmen, wurde von der RTK. abgelehnt.

[Vgl. über diese Frage, und zwar für die Abschaffung der Berufung: Mot. z. Entw. I S. 238 ff., Mot. z. Entw. II S. 42 ff., 403 ff., v. Bar in d. Zeitschr. f. Rechtspflege in Preußen II (1868) S. 213 ff., in Behrend, Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzgebung VI (1872) S. 260 ff. und in „Recht und Beweis" S. 81 ff., 230 ff., G. Planck in d. Preuß. Jahrb. Bd. 31 (1873) S. 174 ff. u. 335 ff., Meyer, Bemerkungen zur CPO., Berlin 1867, Levy, Die zweite Instanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Berlin 1871, Gaupp, Gutachten in Verhandl. des 9. D. Juristentags II S. 262 Anm. 60 (nur bedingungsweise), Grobbeck, Gutachten das. S. 201 ff.; gegen: Bähr, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozesse, Jena 1871, R. Koch in Behrend, Zeitschr. VII S. 71 ff., v. Krämel das. VIII S. 625, 632, Stahl im civ. Arch. 56 S. 173 ff., Nissen in Krit. Vierteljahrsschr. VIII S. 76 ff., Plathner: Die neue Konstruktion des Prozesses, Berlin 1873, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 88 ff., 351 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 105 ff. Vgl. außerdem Verhandl. des 9. D. Juristentags III S. 275 ff., 335 ff., Gutachten über den im Preuß. Justizministerium ausgearbeiteten Entwurf einer deutschen CPO., auf Veranlassung des deutschen Anwaltstages erstattet, Berlin 1871, (zwei Gutachten für, zwei gegen), Verhandlungen des zweiten deutschen Anwaltstages, Berlin 1871, S. 80 ff., Komm.-Bericht der RTK. z. CPO. S. 7—11.]

3) Wie im preuß. und regelmäßig im hann. Prozesse — aber abweichend vom gem. und franz. Rechte — findet die Berufung nur gegen Endurtheile statt, von denen regelmäßig nur eines in jedem Rechtszuge ergeht. Die Anfechtung des Endurtheils ergreift alle demselben vorausgegangenen Akte des Gerichts. Dieses wichtige Prinzip drücken die §§ 472, 473 aus. Vgl. Mot. z. P. E. S. 138 ff.

4) Das Verfahren in der Berufungsinstanz beruht, dem Charakter der Berufung als eines neuen Judiziums entsprechend, auf wesentlich denselben Grundsätzen wie das Verfahren

erster Instanz (vgl. § 485); es wird insbesondere gleich diesem von dem Mündlichkeitsprinzip beherrscht.

Die Gerichtsgebühren der ersten Instanz werden auch für die Berufungsinstanz erhoben; jedoch erhöhen sich die Gebührensätze (vgl. KGK. § 8) um ein Viertheil (GKG. § 49), nicht auch die Anwaltsgebühren, welche dieselben bleiben.

5) Die Landgerichte sind die Berufungsgerichte in den vor den Amtsgerichten (GVG. § 71), die Oberlandesgerichte in den vor den Landgerichten, wenngleich in Folge einer Prorogation (§ 38), verhandelten Rechtsstreitigkeiten (GVG. § 123 Nr. 1).

6) Die §§ 472—476 betreffen die Zulässigkeit der Berufung, die §§ 477—481 die Einlegung, die §§ 482, 483 die Anschließung, § 484 die Beantwortung, die §§ 485—503 das Verfahren vor dem Berufungsgerichte, § 504 das Versäumnißverfahren; §§ 505, 506 enthalten einige Einzelvorschriften.

§ 472.

1) Den Begriff des Endurtheils s. in den §§ 272—274; es gehören dahin auch das Theilurtheil (§§ 273, 274) und das ausnahmsweise zulässige Präjudizialurtheil (§§ 248, 276, 562) sowie die bei Verzicht und Anerkenntniß ergehenden Urtheile (§§ 277, 278), endlich zahlreiche im Arrest-Verfahren oder in dem einstweilige Verfügungen betreffenden Verfahren ergehende Entscheidungen (§§ 802, 805—807, 815), nicht aber das gewöhnliche Zwischenurtheil (§ 275), auch nicht das Versäumnißzwischenurtheil des § 430 (vgl. § 474 Anm. 5). Vgl. die Anm. zu den §§ 272 ff.

Die Ausnahmen bezüglich des Versäumnißurtheils s. in § 474, des Ausschlußurtheils in § 834 u. des Schiedsspruchs in § 866.

2) Die Anfechtung eines erlassenen Theilurtheils durch Berufung darf nicht bis zur Anfechtung des letzten Urtheils der Instanz aufgeschoben werden. Vgl. §§ 273 Anm. 1, 293 Anm. 3 a. E. Auch die Anfechtbarkeit des Präjudizialurtheils unterliegt keinem Aufschub; jedoch kann in den Fällen der §§ 248, 276 das Gericht anordnen, daß ungeachtet des sofort Platz greifenden Rechtsmittels die Einlassung auf die Hauptsache bzw. die Verhandlung über den Betrag des Anspruchs erfolge. Vgl. §§ 248 Anm. 3, 276 Anm. 3.

3) Dem Endurtheil stehen ferner hinsichtlich der Zulässigkeit der Rechtsmittel gleich die bedingten Endurtheile (§§ 425 Abs. 1, 439 Abs. 3), durch welche auf einen zugeschobenen oder richterlichen Eid erkannt wird, und zwar auch wenn inkorrekter Weise nur die eine Alternative entschieden ist (vgl. § 427 Anm. 1), sowie (abweichend von Preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 7 — GS. S. 302) dasjenige Endurtheil, welches den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen ausspricht (§ 427 Abs. 2). — Hinsichtlich der Entscheidung über den Kostenpunkt s. § 94.

4) Die Zulässigkeit der Berufung ist von einer Berufungs- oder Beschwerdesumme nicht abhängig. Es gilt vielmehr — abweichend von dem neueren gemeinrechtlichen und dem preuß. Prozesse, dem rheinisch-franz. Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungen — der Grundsatz des römischen und kanonischen Rechts [L. 20 Cod. (7, 62), vgl. auch c. 20 X de app. (2, 28), Wetzell S. 710] „et in majoribus et in minoribus causis appellandi facultas est". Ebenso d. Ges. über d. Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 § 18 (vgl. RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 371).

5) Unbedingt berechtigt zur Einlegung der Berufung sind nur die Hauptparteien und deren Universalrechtsnachfolger (vgl. v. Kries a. a. O. S. 31 ff.). Wegen der Singularrechtsnachfolger s. §§ 236, 237. Die Vorschrift des Code civ. art. 1166 bleibt unberührt (Hellmann II S. 385, Petersen §§ 472—474 IV, 2, Seuffert Anm. 2a). Jeder Streitgenosse kann für sich Berufung einlegen, und ebenso kann einzelnen Streitgenossen gegenüber Berufung eingelegt werden (vgl. § 58 Anm. 1). Wegen der nothwendigen Streitgenossenschaft gilt

§ 473. Der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

N. Entw. § 769. Entw. I. § 430. Entw. II. § 447. Entw. III. § 453. Mot. S. 298. Prot. S. 231.

---

aber auch hier der Grundsatz des § 59 (s. das. Anm. 4 u. daneben Seuffert § 472 Anm. 2a). Eine eigenthümliche Unterscheidung macht Siebenhaar S. 478.

Hinsichtlich der Nebenintervenienten s. §§ 63 Anm. 3, 64 Anm. 1. Abgesehen hiervon können Dritte, welche an dem Verfahren erster Instanz nicht formell betheiligt waren, niemals Berufung einlegen, sondern höchstens noch in der Berufungsinstanz der Hauptpartei, wenn diese das Rechtsmittel ergriffen hat, sich nach § 63 anschließen (Endemann II S. 398, 399, Fitting § 70, S. 267, Seuffert Anm. 2b).

6) Die Berufung ist das einzige Rechtsmittel gegen die Endurtheile erster Instanz (vgl. jedoch § 473). Mittels ihrer kann eine uneingeschränkte Prüfung der erstrichterlichen Entscheidung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung herbeigeführt werden (§§ 487, 488, 491, 493, 498, 499; s. d. allg. Bem. zu diesem Abschn. unter 1).

§ 473.

1) Da nach § 472 die Berufung nur gegen Endurtheile stattfindet, so ist noch eine Bestimmung rücksichtlich derjenigen Entscheidungen nöthig, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind und, wie auch die Mot. hervorheben, nach der Terminologie der CPO. (§§ 146 Nr. 5, 292) entweder in Urtheilen (insbesondere Zwischenurtheilen § 275), Beschlüssen (vgl. z. B. §§ 141 Anm. 1, 203 Anm. 3, 323) oder Verfügungen bestehen können. Diese Bestimmung trifft der § 473 dahin, daß diese Entscheidungen in der Regel mittels der Berufung gegen das Endurtheil anfechtbar sind. Hierin liegt das Prinzip der Konzentration der Berufung. Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 3. Hann. PO. § 394 und H. E. § 570 bezeichnen diese Anfechtbarkeit der Vorentscheidungen bei Gelegenheit der Verhandlung über die Berufung gegen das Endurtheil als vorbehaltene Berufung im Gegensatz zu der Berufung gegen das Endurtheil selbst, welche als sofortige bzw. selbständige Berufung bezeichnet wird. (Vgl. Leonhardt: Die Lehre von der Berufung, Hannover 1885 S. 13 ff.; derselbe im N. Mag. f. hann. Recht Bd. 8 S. 89 ff.; 245 ff., Hann. Prot. X S. 3552 ff., XII S. 4310 ff., XVII S. 6521 ff., 6606 ff., Mot. z. P. E. S. 141.) Die CPO. hat zwar im Einklange mit dem N. E. diese Terminologie nicht angenommen, steht aber in der Sache selbst auf dem nämlichen Standpunkte.

2) Einer formellen Anfechtung der vorausgegangenen Entscheidungen bedarf es nicht, vielmehr genügt die Anfechtung des Endurtheils (vgl. § 479 Abs. 2 Nr. 1), um den Berufungsrichter zum Herrn der Sache auch bezüglich der Vorentscheidungen zu machen. Diese erscheinen als ein Theil der Gründe des Endurtheils, insbesondere auch in Beziehung auf die Erlangung der Rechtskraft (§ 293 Anm. 3). Vorzugsweise, um hierüber keinen Zweifel zu lassen, ist die Terminologie „vorbehaltene Berufung" vermieden worden. (Vgl. RG. V S. 347.)

3) Als Ausnahmen von der Anfechtbarkeit der Vorentscheidungen mittels der Berufung stellt § 473 zwei Gruppen hin: die gänzliche Unanfechtbarkeit der Entscheidung und die Anfechtbarkeit mittels der Beschwerde. Fälle der ersteren Art s. in den §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 118, 143 Abs. 3, 160 Abs. 1, 203 Abs. 3, 242, 290 Abs. 3, 291 Abs. 4, 320 Abs. 2, 371 Abs. 5, 451 Abs. 2, 625 Abs. 2, 631 Abs. 3, 647 Abs. 2, 656 Abs. 3, 689, 690 Abs. 3, 834 Abs. 1, GVG. § 107. Die Fälle der zweiten Art s. in § 530 Anm. 1.

„Daß diejenigen Vorentscheidungen, welche dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegen, von der Anfechtung mit der Berufung ausgeschlossen sind, ist ein Hauptzweck der Zulassung der Beschwerde" (Mot.).

Zu diesen Vorentscheidungen gehören auch Beschlüsse, welche äußerlich mit dem Endurtheil

§ 474. Ein Versäumnißurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

Ein Versäumnißurtheil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

N. Entw. § 771. Entw. I. § 431. Entw. II. § 448. Entw. III. § 454. Mot. S. 299. Prot. S. 231, 232, 558.

---

verbunden sind, der Natur der Sache nach aber demselben vorausgehen müssen und an sich der Beschwerde unterliegen, wie z. B. nach § 118 in Betreff der Entziehung des Armenrechts (A. M. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 260, welches Berufung zuläßt). Anders, wenn die bezüglichen Entscheidungen in dem Endurtheil als Bestandtheil der Entscheidungsgründe ergehen (Sarwey I S. 655 Anm. 4, Puchelt II S. 314).

Selbstverständlich unterliegen außerdem diejenigen dem Endurtheile vorausgegangenen Zwischenurtheile der Berufung mit dem Endurtheil nicht weiter, welche in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile anzusehen sind (§§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 562 Abs. 3). [Vgl. § 248 Anm. 3 a. E., 276 Anm. 1; RG. V S. 422; Fitting § 70 Anm. 4, Osterloh in Busch, Zeitschr. III S. 63, 64, Gaupp II S. 482, Petersen § 472 Nr. 2, Seuffert Anm. 1, Wilm-Levy Anm. 1 u. A. A. M. Puchelt II S. 314.] Wegen der Versäumnißzwischenurtheile s. § 474 Anm. 4.

4) Die Berufung ist nicht zulässig, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts sich nur der Form nach als Endurtheil darstellt, materiell aber ein solches nicht ist (vgl. §§ 272 Anm. 2, 507 Anm. 1, RG. I S. 427, Brettner in Böhiker, Mag. V S. 299 ff., welcher mit Recht hervorhebt, daß eine richterliche Willenserklärung gegenüber bindenden Gesetzesnormen nicht maßgebend sein kann, und daß die entgegengesetzte Ansicht zu einer vom Gesetze nicht gewollten, unbeschränkten Zulassung von Präjudizialurtheilen (vgl. § 275 Anm. 4) führt. A. M. RG. VI S. 421, 429, VIII S. 363, wo gegen ein vom ersten Richter mit Unrecht für durch Rechtsmittel anfechtbar erklärtes Zwischenurtheil die Berufung zugelassen wird. Vgl. auch § 425 Anm. 1 a. E. u. RG. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 157).

§ 474.

Abs. 1: Die CPO. folgt hier im Anschlusse an N. E. § 771 dem in der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. Wetzell S. 708 ff., Renaud S. 426) freilich vielfach abgeschwächten Grundsatze des römischen Rechts „contumax non appellat“ [L. 73 § 3 D. de jud. (5, 1), L. 1 Cod. quor. app. non rec. (7, 65)], indem sie davon ausgeht, daß bei der unbeschränkten Zulassung des Einspruchs gegen Versäumnißurtheile kein Bedürfniß für Gestattung der Berufung vorhanden sei. Auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkte stehen das franz. Recht (Code de proc. art. 443) und die demselben sich anschließenden Gesetzgebungen (Bayer. PO. Art. 694, P. E. § 643), welche neben dem Einspruch die Berufung, wie gegen ein kontradiktorisches Urtheil, zulassen und dadurch der Partei die Möglichkeit gewähren, unter Durchbrechung des Instanzenzuges die eigentliche Verhandlung der Sache sofort in die zweite Instanz zu verlegen, was die CPO. grundsätzlich vermeidet (§ 500). Einen Mittelweg schlagen diejenigen Gesetzgebungen ein, welche, wie die Preuß. Verordn. (für gemeinrechtliche Gebiete) v. 21. Juli 1849 § 47 Abs. 2 und v. 24. Juni 1867 § 49 Abs. 2, Hann. PO. § 166, Bad. PO. § 1109 usw., die Berufung gegen ein Versäumnißurtheil alsdann gestatten, wenn die Folgen, die aus den für zugestanden angenommenen Thatsachen gezogen sind, als unrichtig angefochten werden, und welche somit der Berufung in diesem Falle den Charakter der Revision verleihen (Mot. z. P. E. S. 158). Von der RTK. sind die den letzteren Standpunkt vertretenden Anträge abgelehnt worden.

2) — „gegen welche es erlassen ist“ — sei es Kläger oder Beklagter (§§ 295, 296), und zwar auch dann, wenn er zum Verhandlungstermin nicht geladen war; denn wiewohl hier

der Fall der Versäumung nicht vorligt, so ist doch der Einspruch nicht unstatthaft [vgl. Abs. 2; RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1111]. Die Partei, welche das Versäumnißurtheil beantragt hat, kann dasselbe mit der Berufung anfechten. Hiernach hat der Kläger, soweit das Urtheil im Falle des § 296 Abs. 2 die Abweisung der Klage ausgesprochen hat (vgl. § 296 Anm. 4), nicht den Einspruch, sondern die Berufung. Alsdann stehen, da das Urtheil nicht auf der Versäumung beruht, sondern von dieser ganz unabhängig ist, nach den allgemeinen Grundsätzen (s. § 493) dem Beklagten vor dem Berufungsgerichte alle Vertheidigungsmittel gerade so zu, als ob er bereits in erster Instanz erschienen wäre, ohne daß es des Einspruchs bedarf. (So Seuffert Anm. 1, Sarwey I S. 656, Wilm. Levy Anm. 1, S. 564, Petersen § 474 Nr. 1, v. Kries a. a. O. S. 162 ff., Hellmann, Lehrb. S. 673 ff. u. A. A. M.: Wach, Vortr. S. 202 ff., Gaupp II S. 484, v. Bülow Anm. 2.) Vgl. auch §§ 491 Anm. 1, 500 Anm. 6. (Es ist nicht ersichtlich, weshalb Bolgiano S. 467 Anm. * aus diesen Bemerkungen schließt, daß das Urtheil — dem abgewiesenen Kläger gegenüber — für ein Versäumnißurtheil gehalten werde.) Ist das Urtheil für den Kläger theilweise abweisend, theilweise obsieglich, so steht gegen den abweisenden Theil dem Kläger die Berufung, gegen den zusprechenden dem Beklagten der Einspruch zu. Ueber die prozessualische Behandlung dieses Falls s. § 486.

3) Der Abs. 2 enthält eine Modifikation des Abs. 1 unter einer doppelten Voraussetzung:

a) daß ein Versäumnißurtheil vorliegt, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist;

b) daß die Berufung darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Der Ausdruck unter a ist von der RTK. an die Stelle der Worte der Vorlage „ein dem Einspruche nicht unterliegendes Versäumnißurtheil" gerade zu dem Zwecke gesetzt, um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, daß nur ein Versäumnißurtheil, welches dem Einspruch überhaupt nicht unterliegt, unter den Abs. 2 fällt. Ein Urtheil, welches durch den Einspruch nur wegen Ablaufs der Einspruchsfrist nicht mehr angefochten werden kann, wird daher durch den Abs. 2 nicht betroffen, weil in einem solchen Falle der Einspruch an sich statthaft war (vgl. § 306 Anm. 2, Endemann II S. 401, Hellmann II S. 390 u. A. A. M. Siebenhaar S. 481).

Aber auch in Fällen, in welchen der Einspruch an sich unstatthaft ist (vgl. z. B. § 310), ist der einzige Berufungsgrund der, daß der Richter mit Unrecht einen Fall der Versäumung angenommen habe (z. B. wenn das Versäumnißurtheil aus den Gründen des § 300 hätte zurückgewiesen werden müssen, wenn das Gericht unzuständig war usw.). Eine Aufzählung solcher Fälle s. bei Seuffert Anm. 2 u. Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 2 ff. (welcher irrthümlich annimmt, daß wir auch diejenigen Fälle des § 300 Nr. 1 hierher rechnen, wo wirklich — nach dem in zweiter Instanz erbrachten Nachweise — Versäumung vorliegt und nur in dem betreffenden Termine erster Instanz vom Gegner nicht nachgewiesen werden konnte).

Die Zulassung der Berufung gegen ein Versäumnißurtheil in dieser doppelten Beschränkung enthält keinen Widerspruch mit dem dem Abs. 1 zu Grunde liegenden Gedanken, weil gegen eine unrichtige Annahme des Vorhandenseins einer Versäumung ein Rechtsbehelf gegeben werden muß, mittels des Einspruchs aber in diesen Fällen nicht geholfen werden kann.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 6 u. Abs. 2, GO. f. RA. § 20.

4) Bezieht sich der Fall des § 474 Abs. 2 auf einen Zwischenstreit (§ 312 Abs. 2), so findet nach § 473 die Berufung gegen das Zwischenurtheil erst mit derjenigen gegen das Endurtheil statt (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 257). Dabei unterliegt auch, wie aus der allgemeinen Fassung und aus dem Prinzip des (hinter den §§ 472, 473) stehenden § 474 folgt und durch die geringere Kraft der kontradiktorischen Zwischenurtheile nicht widerlegt wird, das Versäumnißzwischenurtheil der Beurtheilung des Berufungsgerichts nicht allgemein, sondern nur in der Beschränkung des § 474 Abs. 2. (So Seuffert Anm. 3, Kleiner II S. 513, Wach, Vortr. S. 187 ff. A. M.: Petersen §§ 472—474 II, Wilm. Levy Anm. 3, v. Kries a. a. O.

§ 475. Die Wirksamkeit eines nach Erlassung des Urtheils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

N. Entw. § 772. Entw. I. § 432. Entw. II. § 449. Entw. III. § 455. Mot. S. 299, 300. Prot. S. 232, 233.

S. 167 ff., Hellmann, Lehrb. S. 694, Barazetti a. a. O. S. 27, Müller in Busch, Zeitschr. IV S. 323 ff., H. Meyer das. IX S. 351.) Vgl. auch die Mot. in § 312 Anm. 3.

5) Gegen Urtheile, welche nur nach § 430 entscheiden, daß ein Eid für verweigert zu erachten sei, ist die Berufung nicht zulässig (vgl. § 430 Anm. 3, RG. XIII S. 397).

§ 475.

1) Die Vorschrift des § 475 bezieht sich nur auf einen nach Erlassung (d. h. Beschlußfassung und Verkündung) des Urtheils erklärten Verzicht. Auch ist dabei, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, nur an einen Verzicht gedacht, welcher gegenüber dem Gerichte oder dem Gegner erklärt wird (ebenso Petersen § 475 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp II S. 486, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M.: Barazetti a. a. O. S. 71 ff., v. Kries a. a. O. S. 58). Allerdings hat ein dem Beauftragten des Gegners, z. B. einem mit der Zustellung betrauten Gerichtsvollzieher, gegenüber erklärter Verzicht eine gleiche Wirkung (vgl. auch Hellmann II S. 391). Der Annahme des Gegners bedarf es nicht (Nordd. Prot. S. 1489). Vgl. auch §§ 261 Abs. 2, 311, 529, 742. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben. Anwaltszwang besteht für die Verzichterklärung nicht (obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 161, Seuffert Anm. 2 u. A.). Die Verzichtleistung hat die formelle Rechtskraft des Urtheils zur Folge (vgl. § 645 Anm. 1). Zurücknahme auf Grund eines Uebereinkommens der Parteien ist nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen (obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 64).

Ueber die Befugniß des Verzichtenden zur Anschlußberufung vgl. § 482 Abs. 1.

2) Die Entwürfe enthielten als Abs. 2 nachfolgende Bestimmung:

„Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen."

Diese Bestimmung ist von der RTK. gestrichen worden, nachdem man bemerkt hatte, die Bestimmung sei nicht praktisch, da es denkbar sei, daß über die Frage, ob die Berufung durch konkludente Handlungen zurückgenommen worden sei, ein neuer Streit entstände. Hieraus dürfte zu entnehmen sein, daß die Kommission die vorgeschlagene Bestimmung nicht etwa als selbstverständlich, sondern aus sachlichen Bedenken abgelehnt hat, und daß mithin unter Verzicht im Sinne dieses Paragraphen nur ein ausdrücklicher Verzicht verstanden werden kann. (Ebenso Wilm-Levy Anm. 3, Seuffert a. a. O., Hellmann II S. 391, 392, Sarwey I S. 658, Kleiner II S. 517, Gaupp II S. 487, v. Bülow Anm. 1, Petersen a. a. O., Barazetti a. a. O. S. 72, Endemann II S. 402, welcher jedoch auch einen aus einer ausdrücklichen Erklärung gefolgerten indirekten Verzicht zulassen will; vgl. auch RG. V S. 384. A. M.: Siebenhaar S. 482 Anm.***, Puchelt II S. 317 Anm. 3, v. Kries a. a. O. S. 58 ff., Hellmann, Lehrb. S. 645 ff.) Es sind also namentlich die Bestimmungen des franz. Rechts über das acquiescement als beseitigt anzusehen.

3) Indem die CPO. über den Verzicht auf die Berufung vor Erlassung des Urtheils keine Bestimmung aufgenommen hat (anders N. E. § 772, welcher eine solche Verzichtleistung völlig ausschließt), überläßt sie die Beurtheilung der Gültigkeit desselben lediglich dem Civilrechte (vgl. L. 1 § 3 D. a quib. app. [49, 2], L. 5 § 6 Cod. de temp. app. [7, 63], Wetzell S. 706 Anm. 19, Renaud S. 462, Wach im civ. Arch. 64 S. 243 Anm. 30, Schwalbach das. S. 291 ff. u. A. Nach gem. Recht ist die Gültigkeit zu bejahen; ebenso nach preuß. Recht [vgl. Präj. d. OTr. 1549 — Präj. S. I S. 230]) und nach dem Code de comm. art. 639 Nr. 2.

4) Daß die Berufung gegen ein bereits erlassenes Urtheil durch Vertrag unter den Parteien ausgeschlossen werden kann, erklären die Mot. für einen selbstverständlichen, nicht in die CPO. gehörenden Satz.

§ 476. Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig.

Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme hat den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urtheil auszusprechen.

N. Entw. § 773. Entw. I. § 433. Entw. II. § 450. Entw. III. § 456. Mot. S. 300. Prot. S. 233.

§ 476.

Literatur: Möller in Gruchot, Beitr. XXVI S. 182 ff., Schultzenstein das. S. 229 ff., Birkmeyer, Rechtsfälle S. 1 ff. u. die Kritik dieser Schrift von L. Seuffert in Krit. Vierteljahrsschr. XXVII S. 477 ff.

1) Abs. 1: Die hier ausgesprochene, dem § 243 Abs. 1 entsprechende Beschränkung der Zurücknahme der Berufung steht im engsten Zusammenhange mit der dem Beklagten in weitem Umfange gestatteten (§ 482), jedoch andrerseits wiederum von der Hauptberufung abhängigen (§ 483 Abs. 1) Anschlußberufung. (Vgl. v. Kries a. a. O. S. 60.) Ein Antrag, die Zurücknahme „bis zum Erlaß des Endurtheils" zuzulassen, wurde von der RTK. abgelehnt.

Mit Einwilligung des Berufungsbeklagten kann die Berufung bis zur Beendigung des Prozesses, ohne Einwilligung nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten (vgl. § 243 Anm. 4) zurückgenommen werden. (Näheres s. bei Schultzenstein a. a. O.)

Eine Beschränkung der (schriftlichen) Berufungsanträge ist keine (theilweise) Zurücknahme der Berufung, weil die wirkliche Stellung der Anträge erst in der mündlichen Verhandlung erfolgt (RG. VII S. 370 u. im RAnz. 1885 bes. Beil. 5 S. 254). Vgl. auch § 480 Anm. 2.

2) Abs. 2: Die hier gegebenen Vorschriften entsprechen den Vorschriften des § 243 Abs. 2 über die Form der Zurücknahme der Klage.

3) Abs. 3: Die Wirkung ist stärker als die der Zurücknahme der Klage (§ 243 Abs. 3, 4); sie ist nämlich die des Verzichts (wie im Falle des § 475). Vgl. § 645 Anm. 1. Das Rechtsmittel kann daher auch innerhalb der Nothfrist nicht wieder aufgenommen werden, und das Gericht hat nach dem Grundsatz des § 497 von Amtswegen einem desfallsigen Versuche der Parteien entgegenzutreten (s. Gaupp II S. 489, Birkmeyer a. a. O. S. 12 ff., welcher übrigens auch hier [vgl. § 243 Anm. 5] mit Unrecht in der Niederlegung des Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei für das Gericht einen sichern Beweis für die erfolgte Zurücknahme erblickt). Die Zurücknahme einer vor Zustellung des Urtheils erhobenen, mithin nach § 477 Abs. 2 wirkungslosen Berufung hat jedoch nicht die Wirkung des Verzichts (Gaupp II S. 489, Seuffert Anm. 5, Petersen § 476 Nr. 1 u. A.; vgl. auch RG. IX S. 420). Im Uebrigen entsprechen die Vorschriften des Abs. 3 denen des § 243 Abs. 3. Insbesondere gilt auch hier der Satz, daß der Termin ungeachtet der Anzeige von der Zurücknahme nicht aufgehoben wird und auf Antrag der erschienenen gegen die ausgebliebene Partei das Versäumnißurtheil (nach § 504) zu erlassen ist. (So auch Petersen § 476 Nr. 2, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 327, RG. VI S. 364. A. M.: auch hier Birkmeyer a. a. O., ferner Seuffert a. a. O. und Möller a. a. O. S. 182 ff., welcher Letztere Ladung des Berufungsklägers seitens des Berufungsbeklagten unter Ankündigung des Antrags nach Abs. 3 und des entsprechenden thatsächlichen Vorbringens verlangt.) Es kann also selbst nach zugestellter Zurücknahme-Erklärung noch Bestellung eines Anwalts nothwendig werden, um von diesem den bezüglichen Antrag in der mündlichen Verhandlung stellen zu lassen (s. OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 151 ff.).

Wegen der Wirkung der Zurücknahme auf das Recht der Anschließung s. § 482 Anm. 2. Der Zurücknehmende hat auch die durch die Vorbereitung der Anschließung (vgl. § 484) entstandenen Kosten zu tragen (RG. VII S. 343).

§ 477. Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

N. Entw. §§ 774, 775. Entw. I. § 434. Entw. II. § 451. Entw. III. § 457. Mot. S. 300–303. Prot. S. 233, 234, 331–334, 558, 725–731.

---

4) Wegen der *Gebühren* s. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 5 u. Abs. 2, 46 (der Abs. 1 in der Fassung d. Ges. v. 29. Juni 1881) und GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 477.

1) *Abs.* 1: „*Berufungsfrist*" — Sie ist *Einlegungsfrist* und, soweit eine Rechtfertigung schriftlich erfolgt, zugleich *Rechtfertigungsfrist* (vgl. §§ 479, 480).

— „*einen Monat*" — Im Anschluß an H. E. § 571 und Württ. PO. Art. 679 ist für *alle* Berufungen (gegen Urtheile der Landgerichte wie der Amtsgerichte) die gleiche Frist von *einem* Monat festgesetzt. Die nämliche Dauer haben auch die Fristen für die Revision (§ 514), für die Klagen auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 549), für die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil (§ 835) und für die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 870). Ueber die Berechnung der Frist vgl. § 200. Die Frist läuft gleichzeitig gegen den Gegner; es kommt also auf die *erste* Zustellung an (§ 198 Abs. 2). Hinsichtlich des Falls, in welchem das Urtheil von Amtswegen zuzustellen ist, vgl. § 198 Anm. 3 a. E.

2) „*Nothfrist*" — vgl. §§ 201 Anm. 4, 202 Anm. 2. Anträge, eine Erstreckung der Frist durch Vereinbarung der Parteien bzw. durch Beschluß des Gerichts eintreten zu lassen, haben in der RTK. die Mehrheit nicht erlangt.

3) „*Zustellung*" — vgl. §§ 283 Anm. 2, 288 Anm. 1. Abweichend von der Regel des § 283 Abs. 2 genügt die Verkündung des Urtheils nicht, um das Berufungsverfahren in Gang zu setzen; vielmehr ist hierzu stets, mag die Verkündung in Anwesenheit oder in Abwesenheit der Parteien erfolgt sein, eine *Zustellung des Urtheils*, nämlich seitens der Partei, welche an der Rechtskraft desselben ein Interesse hat, an den Gegner oder auch umgekehrt (bzw. von Amtswegen im Falle des § 582), erforderlich. Durch eine ungesetzlich von Amtswegen bewirkte Zustellung wird die Nothfrist nicht eröffnet (s. ob. LG. f. *Bayern* in *Seuffert*, Arch. 38 Nr. 349). Mängel der Zustellung können nicht durch Verzicht bzw. nach § 267 geheilt werden (vgl. § 156 Anm. 3, RG. X S. 401, XIV S. 335. A. M. *Seuffert* Anm. 2 a. E.). Der Grundsatz gilt auch in gleicher Weise bei einer *Mehrheit von* Gegnern des Berufungsklägers. Die Wirksamkeit einer nur an einzelne oder von einzelnen Streitgenossen bewirkten Zustellung beurtheilt sich nach den §§ 58, 59. (Vgl. auch Nordd. Prot. S. 1492, 1493, *Wilm. Levy* Anm. 3.) Wegen des Laufs der Berufungsfrist gegenüber dem Nebenintervenienten s. § 64 Anm. 1 a. E.

Bei *Theil-* und *Präjudizialurtheilen* beginnt die Berufungsfrist stets schon mit Zustellung des Theil- bzw. Präjudizialurtheils (vgl. § 472 Anm. 2; *Wilm. Levy* Anm. 3 a. E.); die Zustellung desselben kann auch nicht durch Zustellung des späteren (schließlichen) Haupt-Endurtheils ersetzt werden.

4) Abs. 2: Die Bestimmung des *ersten* Satzes bezweckt lediglich die Ersparung der Kosten eines zweiten Zustellungsaktes. Der *zweite* Satz ist eine Konsequenz der Bestimmung des § 198 Abs. 2, welche in Verbindung mit dem Prinzipe, daß die Berufungsfrist erst mit der Zustellung des Urtheils beginnt, nur durchzuführen ist, wenn eine Einlegung der Berufung *vor* dieser Zustellung überhaupt nicht wirksam geschehen kann. Vgl. § 198 Anm. 3.

— „*wirkungslos*" — Die Einlegung ist nach § 497, da sie an sich nicht statthaft, von Amtswegen (s. RG. X S. 401) als *unzulässig* zu verwerfen (A. M. bezüglich des Ausdrucks „unzulässig" RG. IV S. 414; vgl. hiergegen *Mugdan* in *Gruchot*, Beitr. XXVII S. 790 ff., *Seuffert* Anm. 2, § 497 Anm. 4). Dagegen tritt nicht der *Verlust* des Rechtsmittels (§ 476 Abs. 3) ein; die Berufung kann vielmehr innerhalb der Frist nachgeholt werden (OLG. Augs-

§ 478. Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urtheil in Gemäßheit des §. 292 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt, so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urtheil von neuem. Wird gegen beide Urtheile von derselben Partei Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen mit einander zu verbinden.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 235, 236.

§ 479. Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

---

burg in Busch, Zeitschr. IV S. 433). Wegen Möglichkeit der Heilung der Mängel der Zustellung s. § 267 Anm. 7.

Abs. 2 gilt auch in dem Falle, wenn die Berufung in Verbindung mit einer Nebenintervention eingelegt wird (§ 63 Abs. 2). Der Nebenintervenient wird also für die vorgängige Zustellung des Urtheils, falls dieselbe nicht schon von einer der Hauptparteien bewirkt ist, sorgen und sich zu diesem Behuf Ausfertigung ertheilen lassen müssen (vgl. §§ 271 Anm. 1, 288 Anm. 1).

5) Der Lauf der Berufungsfrist wird durch Anträge auf Berichtigung des Urtheils bzw. des Thatbestandes (§§ 290, 291) nicht berührt. Der auch in den Mot. anerkannte Satz folgt von selbst daraus, daß eine entgegenstehende Bestimmung über die Hemmung des Laufs der Nothfrist durch derartige Anträge nicht aufgenommen ist (Nordd. Prot. S. 1495), und rechtfertigt sich bei Anträgen auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291), weil letztere überhaupt keine Aenderung des entscheidenden Theils des Urtheils zur Folge hat, bei Anträgen nach Maßgabe des § 290 aber, weil es sich dabei nur um die Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten handelt, jede Partei mithin sogleich von der Voraussetzung ausgehen muß, daß die Berichtigung erfolgen werde, und nach Maßgabe des hiernach sich ergebenden Inhalts des Urtheils ihre Entschlüsse über Erhebung der Berufung zu fassen hat.

§ 478.

1) Der auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommene § 478 bezweckt, das Nebeneinanderstehen zweier Berufungen möglichst zu vermeiden und auf diese Weise den Parteien Kosten zu ersparen. Der Lauf der Berufungsfrist wird durch die Ergänzung d. h. die Verkündung des ergänzenden Urtheils unterbrochen und die ganze Frist beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung von neuem zu laufen. Das Urtheil ist also bis dahin nicht rechtskräftig (s. Hellmann II S. 395 u. Lehrb. S. 681, Gaupp II S. 492, Petersen § 478 Nr. 3, Sarwey I S. 661, Seuffert Anm. 2 u. A.).

— „innerhalb der Berufungsfrist" — Erfolgt die Ergänzung erst nach Ablauf der Berufungsfrist, so wird die Frist für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urtheil nicht verlängert.

— „auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urtheil" — ohne Rücksicht darauf, ob gegen dasselbe bereits Berufung eingelegt war oder nicht. (S. auch Seuffert Anm. 3. A. M. Endemann II S. 406.)

Wird die Ergänzung abgelehnt, so ist § 478 nicht anwendbar.

2) Satz 2: — „zu verbinden" — von der Partei oder nach § 138 vom Gericht.

§ 479.

1) Abs. 1: Der § 479 entspricht den Bestimmungen des § 230 über die Erhebung der Klage und des § 305 über die Erhebung des Einspruchs (vgl. die Anmerkungen daselbst). Insbesondere ist es folgerecht, daß die Berufung nicht, wie nach dem gemeinrechtlichen und dem preußischen Prozesse, bei Gericht, sondern durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner (§ 164) eingelegt wird.

Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt werde;
3. die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.

N. Entw. § 677. Entw. I. § 435. Entw. II. § 452. Entw. III. § 458. Mot. S. 303. Prot. S. 236.

§ 480. Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Berufungsschrift Anwendung.

---

2) Abs. 2: — „muß enthalten" — Der Schriftsatz ist nicht bloß vorbereitend, sondern bestimmend (vgl. § 119 Anm. 2); seine Bestandtheile sind daher wesentliche, und das Fehlen eines derselben hat Verwerfung der Berufung zur Folge (vgl. § 497 Anm. 3). Wegen Nachholung des Fehlenden gilt das § 230 Anm. 8 Gesagte.

Nr. 1: Nur das Endurtheil (Theilurtheil usw.), gegen welches die Berufung stattfindet (§ 472), muß bezeichnet werden, nicht auch die vorausgegangenen Entscheidungen, welche mitangefochten werden (§ 473). Ebenso genügt es, selbst wenn das Endurtheil, welches formell als eines erscheint, sachlich mehrere Endurtheile umfaßt (wie bei der objektiven Klagenhäufung), das Urtheil im Allgemeinen anzugreifen. Dies folgt schon daraus, daß nach § 480 die Erklärung in der Berufungsschrift, inwieweit das Urtheil angefochten werde, lediglich vorbereitender Natur ist (vgl. auch § 482 Anm. 1). [Anders Hann. PO. § 405.]

Bei der subjektiven Klagenhäufung erledigt sich diese Frage dadurch, daß nach der Nr. 3 der Berufungsbeklagte geladen werden muß, woraus sich sofort ergiebt, gegen welchen unter mehreren Streitgenossen die Berufung gerichtet ist. — Wegen der nothwendigen Streitgenossenschaft s. § 59 Anm. 4; vgl. auch § 477 Anm. 3.

3) Nr. 2: Die Erklärung braucht nicht in feierlichen oder technischen Worten zu geschehen; selbst das Wort „Berufung" ist nicht unbedingt nothwendig; es genügt, wie die Mot. besonders hervorheben, daß die Absicht, Berufung einzulegen, ausgedrückt wird (vgl. StrPO. § 342).

4) Nr. 3: vgl. §§ 191 ff., 230 Nr. 3, 303 Nr. 3. Die Berufung ist als unzulässig zu verwerfen, wenn in der Berufungsschrift die Ladung, und zwar zu einem vorher anberaumten Termin, nicht ausdrücklich enthalten ist (RG. II S. 397, IX S. 388 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 261, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 106), während der Mangel als geheilt anzusehen ist, wenn er sich nur in der dem Beklagten zugestellten beglaubigten Abschrift der Berufungsschrift findet und der Beklagte trotzdem im Termin erscheint und den Mangel nicht rügt (RG. IX S. 388). Andererseits kommt es auf den Wortlaut der Ladung nicht an (RG. III S. 391), ebensowenig auf die ausdrückliche Angabe des Zwecks (RG. IV S. 356). [Ueber diese Praxis des RG. vgl. Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 99.] Auch wird der Mangel, daß die Ladung dasjenige Gericht, vor welches geladen wird, nicht enthält, dadurch ergänzt, daß dasselbe aus der Terminsbestimmung des Vorsitzenden ersichtlich ist (vgl. RG. VI S. 349). Aus § 192, welchem § 479 nicht derogirt (s. OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IV S. 450), ergiebt sich, daß auch die Aufforderung an den Gegner zur Bestellung eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalts einen wesentlichen Bestandtheil der Berufungsschrift bildet. Vgl. § 77 Anm. 2, 3.

5) Die Zustellung der Berufungsschrift muß nach dem Grundsatze des § 74 auf Betreiben eines bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Anwalts erfolgen (RG. V S. 374. Abweichend Petersen §§ 479—481 Nr. 1 a. E.; vgl. § 74 Anm. 3). Wegen Unterschrift des Anwalts s. § 121 Nr. 6 und § 230 Anm. 10. Wegen der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten s. § 164 Anm. 2, RG. XIV S. 350.

§ 480.

1) Abs. 1: „Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze" — d. h. die §§ 121—124. Bezüglich der Folgen der Nichtbeachtung s. §§ 120 Anm. 2, 121 Anm. 1, 123 Anm. 1, 230 Anm. 1, 305 Anm. 4.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Berufungsschrift insbesondere enthalten: die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), sowie die Angabe derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

N. Entw. § 777. Entw. I. § 436. Entw. II. § 453. Entw. III. § 459. Mot. S. 303. Prot. S. 236.

§ 481. In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des §. 234 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 779. Entw. I. § 437. Entw. II. § 454. Entw. III. § 460. Mot. S. 303. Prot. S. 236, 725–731.

§ 482. Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

---

2) Abs. 2: Auch diese Vorschriften sind nur instruktionell („soll"). — Die Angabe der Beschwerden (gravamina) oder Beschwerdepunkte (vgl. Preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 18) ist hier in die Bezeichnung des beschwerenden Theils des Urtheils und in den entsprechenden Antrag (vgl. § 498) aufgelöst. Die „Berufungsanträge" stehen mit den Klaganträgen materiell auf einer Linie; nur wendet sich der Angriff in Folge des Vorhandenseins eines Urtheils erster Instanz nicht unmittelbar gegen den Gegner, sondern gegen den materiellen Inhalt des Urtheils. Die Berufungsanträge bestimmen daher zwar die Grenzen des neuen Rechtszugs (§ 487), aber, abweichend von der Klage (§ 235 Abs. 2 Nr. 3), nur insoweit, als sie bei der mündlichen Verhandlung nicht abgeändert sind. Die in der Berufungsschrift gestellten Anträge sind — gleich der Bezeichnung des beschwerenden Theils des Urtheils und der Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel (§ 491) — lediglich vorbereitender Natur und können in der mündlichen Verhandlung beliebig erweitert oder beschränkt werden. (Vgl. Nordd. Prot. S. 1511, 1512; RG. VIII S. 161, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 159. Anders Hann. PO. § 403.) Wegen der Anträge des Gegners vgl. §§ 483 Anm. 1, 484. „Dieselbe nur vorbereitende Natur hat selbstverständlich die Beantwortung der Berufung" (Mot.). Dasselbe gilt bezüglich der Anschließung (§ 482); vgl. jedoch § 483 Anm. 1 a. E.

§ 481.

1) In Wechselsachen kommt § 567 Abs. 2 zur Anwendung, weil die Bestimmungen des fünften Buchs überhaupt nicht auf die erste Instanz beschränkt sind. (So auch v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 411, Barazetti a. a. O. S. 67 ff., Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 683 Anm. 47. A. M.: Hellmann II S. 397, 398, Sarwey I S. 663, Gaupp II S. 497, Sydow in Busch, Zeitschr. II S. 494 ff., Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner II S. 526, jetzt auch Seuffert Anm., Petersen §§ 479—481 Nr. 4 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere Nordd. Prot. S. 1535, welche jedoch gegenüber dem allgemeinen Inhalt jener Bestimmung und deren systematischer Stellung nicht entscheiden kann, u. A.). Dagegen sind § 459 Abs. 1 und GVG. § 102 Abs. 1 hier ohne Bedeutung (vgl. auch § 485). [Uebereinstimmend Sydow, Seuffert, Petersen, jetzt auch Wilm. Levy a. a. O. u. A. A. M. v. Kräwel a. a. O.]

2) Wegen der Abkürzung s. § 204.

§ 482.

1) Zur Beleuchtung der weitgehenden Anschließungs- (Inzident-) Berufung [akzessorische Adhäsion im Gegensatz zur prinzipalen (s. Anm. 5); vgl. Wetzell S. 746] sagen die Mot.:

„Die Berufung bringt, da die Berufungsschrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Berufungsinstanz. Demgemäß kann der Berufungsbeklagte sich der Berufung seinerseits anschließen, und zwar ohne das gemeinrecht-

Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnißurtheils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung.

N. Entw. § 781. Entw. I. § 438. Entw. II. § 455. Entw. III. § 461. Mot. S. 303, 304. Prot. S. 236, 558, 559.

---

liche Erforderniß der Konnexität der Anschlußbeschwerden mit denen des Berufungsklägers (Württ. PO. Art. 693, H. E. § 576), und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welche allein die Berufung ausgeschlossen wäre (§ 94). Der Berufungskläger kann dieses Recht durch Beschränkung seiner Ansprüche nicht beeinträchtigen, da auch er an Erweiterung derselben nicht gehindert ist. Durch die Zulassung des Anschlusses wird das Recht des Berufungsbeklagten, bei vollständigerer Aufklärung der Sachlage auch für sich eine derselben entsprechende Entscheidung zu verlangen, gewahrt (Preuß. AGO. I 14 § 12), und manche Berufung, welche nur unter der Voraussetzung eingelegt wurde, daß der Gegner Berufung einlegen werde, kann unterbleiben."

In der RTK. hat zudem der Vertreter der Reichsregierung ausdrücklich bestätigt, daß der Anschluß für den ganzen Umfang des Urtheils ohne jede Rücksicht auf die Konnexität der Beschwerden gestattet sein solle. Es kann mithin die Anschließung sich nicht blos auf andere Streitpunkte (vgl. § 499 Anm. 2), sondern auch auf andere Ansprüche (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2, 232, 479 Anm. 2) beziehen als die Hauptberufung, ohne Unterschied, ob die eine oder die andere nur die Widerklage betrifft. Auch wenn der Berufungskläger seine Anträge auf einen Theil des Streitgegenstandes beschränkt hat, ist die Anschließung hinsichtlich des ganzen Streitgegenstandes unbeschränkt (vgl. Nordd. Prot. S. 1505, § 479 Anm. 2). [Uebereinstimmend Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 482, 483 I 1, Hellmann II S. 400, Sarwey I S. 665, v. Kries a. a. O. S. 150 u. A. A. M.: Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 155 Anm. 201, Siebenhaar S. 488, 489.] Ebenso ist es gleichgültig, ob der Anschlußkläger bereits selbständig Berufung erhoben hat. (Anders Hann. PO. § 402. Wegen der weit beschränkteren gemeinrechtlichen Adhäsion vgl. Wetzell S. 746 ff., Renaud S. 560 ff. S. auch Leonhardt im N. Mag. f. Hann. Recht VIII S. 121 ff.)

Dagegen muß die Anschließung nothwendig dasselbe Urtheil betreffen. Es kann z. B. bei Verhandlung der Berufung über das Urtheil in der Hauptsache nicht die Entscheidung über eine prozeßhindernde Einrede (§ 248 Abs. 2) oder bei der Verhandlung der Berufung über ein Theilurtheil nicht ein anderes Theilurtheil mittels der Anschließung angefochten werden. Ebensowenig kann selbstverständlich der Berufungsbeklagte sich der Berufung gegenüber einem von mehreren Streitgenossen anschließen, welcher ihm gegenüber gar nicht Berufung erhoben hat (ebenso OLG. Hamm in Seuffert, Arch. 38 Nr. 62; vgl. § 479 Anm. 2 a. E.).

Die Anschließung kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil des Berufungsgerichts ergeht, mithin auch noch nach Erlassung eines Beweisbeschlusses erfolgen (vgl. § 491 Anm. 2), mündlich oder schriftlich; der Schriftsatz hat aber nur eine vorbereitende Natur (§ 480 Anm. 2 a. E.). Der Antrag in der mündlichen Verhandlung ist auch hier das Wesentliche (RG. VII S. 245, VIII S. 381, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 71). Vgl. aber § 483 Anm. 1. Wegen Zulässigkeit der Anschließung nach Zurückverweisung in die Berufungsinstanz von Seiten des Revisionsgerichts s. § 528 Anm. 2.

Auch eine für den Fall, daß der Berufung des Gegners stattgegeben werde, erhobene (eventuelle) Anschließung ist stattbaft; sie entspricht dem Rechte des Berufungsklägers, eventuelle Anträge zu stellen, ist mit der Beweglichkeit, welche der Anschließung in der CPO. gegeben ist, völlig verträglich und entbehrt auch nicht der nöthigen Bestimmtheit, da zu der Zeit, zu welcher die Entscheidung zu treffen ist, sich übersehen läßt, ob die Eventualität eingetreten ist oder nicht (so auch RG. XIII S. 358; vgl. Leonhardt: D. Lehre v. d. Berufung S. 75, v. Düring im Mag. f. Hann. Recht IV S. 357. A. M. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 159). Vgl. § 33 Anm. 3 a. E.

2) — „auf die Berufung verzichtet" — vgl. § 475. Es wird unterstellt, daß der Verzicht in der Regel nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben werde und

§ 483. Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

N. Entw. §§ 782, 783. Entw. I. § 439. Entw. II. § 456. Entw. III. § 462. Mot. S. 303, 304. Prot. S. 236.

---

einen Verzicht auf die eventuelle Anschlußberufung nicht einschließe (vgl. Hann. PO. § 402, Bayer. PO. Art. 702, Code de proc. art. 443 a. E.). Ist mithin der Verzicht ausdrücklich auf die Anschlußberufung gerichtet, so bleibt er ungeachtet der Bestimmung des § 482 Abs. 1 in Wirksamkeit (vgl. P. E. § 632, Norbd. Prot. S. 1505, Leonhardt, BPO. S. 280).

Auch die Zurücknahme der Berufung (§ 476) hindert nicht die Anschließung an die Berufung des Gegners (Hellmann II S. 401, v. Kries a. a. O. S. 152, 153, Barazetti a. a. O. S. 83 ff., Gaupp II S. 489 u. A., jetzt auch Seuffert Anm. 3. A. M. Puchelt II S. 326 Anm. 8). Vgl. § 476 Anm. 3.

Ueber die Möglichkeit einer Anschließung beim Nichterscheinen des Berufungsklägers im Termine s. § 504 Anm. 5.

3) Die Frage, ob Anschließung an die Anschließung zulässig sei, hat in der Regel keine praktische Bedeutung, da der Berufungskläger seine Beschwerde bis zum Schlusse der Verhandlung stets erweitern kann. Vgl. §§ 480 Anm. 2, 496 Anm. 3. Nur wenn die Anschließung an eine nach § 483 Abs. 2 als selbständige Berufung anzusehende Anschließung erfolgt, kann sie wegen der Möglichkeit, eine wegen Verzichts oder nach § 94 unzulässige Berufung aufrecht zu erhalten, Bedeutung gewinnen. (Seuffert a. a. O. hält sie in diesem Fall mit Recht nach § 483 Abs. 2 für zulässig; ebenso Sarwey I S. 667, Siebenhaar S. 489, Gaupp II S. 499, Petersen §§ 482, 483 I a. E., Barazetti a. a. O. S. 92, jetzt auch Wilm. Levy § 483 Anm. 3 u. A. A. M.: Puchelt II S. 326, Kleiner II S. 529, Endemann II S. 411. Vgl. auch N. Mag. f. Hann. Recht I S. 50 ff., III S. 82 ff., VIII S. 129 ff.)

4) Abs. 2: vgl. § 474. Hat also z. B. die nicht säumige Partei die Berufung erhoben, weil die Klage auf Grund des § 296 Abs. 2 theilweise abgewiesen war, so kann die säumige Partei der Berufung nur, insofern der Einspruch an sich nicht statthaft ist, und auch alsdann nur auf Grund der Behauptung sich anschließen, daß der Fall der Versäumung überhaupt nicht vorgelegen habe (vgl. Barazetti a. a. O. S. 85 ff., Seuffert Anm. 5 u. A.).

5) Mit der Anschließung nicht zu verwechseln ist eine von beiden Theilen selbständig eingelegte (wechselseitige, reziproke) Berufung. Vgl. § 485 Anm. 1.

§ 483.

1) — „die Berufung zurückgenommen“ — Die Zurücknahme kann nach § 476 Abs. 1 ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten erfolgen. Da nun bis zu diesem Zeitpunkte die Anschließung nach dem allgemeinen Grundsatze der Mündlichkeit noch gar nicht als erhoben angesehen werden kann, vielmehr durch Schriftsätze nur vorbereitet ist — ähnlich wie die Widerklage — so ist es ganz folgerichtig, daß dieselbe mit der Zurücknahme der Hauptberufung gleichfalls ihre Wirkung verliert.

Die hiervon im Abs. 2 gemachte Ausnahme — die übrigens nach dem Wortlaut und den Mot. des Gesetzes in gleicher Weise eintritt, wenn die Hauptberufung für unzulässig erklärt wird (Gaupp II S. 501, Petersen §§ 482, 483 II u. A. A. M. Endemann II S. 412, welcher sich mit Unrecht auf die Prot. S. 236 beruft) — beruht auf der Erwägung, daß in diesem Falle die Anschließung die in diesem Zeitpunkte noch zulässige selbständige Berufung ersetzt. Weil aber die Berufung aus dem Gesichtspunkte einer selbständigen aufrecht erhalten werden soll,

§ 484. Der Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte geltend zu machen beabsichtigt.

N. Entw. § 784. Entw. I. § 440. Entw. II. § 457. Entw. III. § 463. Mot. S. 303. Prot. S. 236.

§ 485. Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das

---

wird alsdann das Berufungsgericht auch in Gemäßheit des § 497 die Zulässigkeit derselben von Amtswegen zu prüfen haben, wobei selbstverständlich von dem Erfordernisse der besonderen Ladung zur mündlichen Verhandlung (§ 479 Abs. 2 Nr. 3) abzusehen ist. Ergiebt diese Prüfung die Unzulässigkeit einer selbständigen Berufung (vgl. § 94), so fällt, wie auch der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bestätigte, die Anschließung als unzulässig weg. Eine Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen der Berufung ist nicht gerechtfertigt. — Ueber eine Konsequenz des Abs. 2 s. § 452 Anm. 3.

— „innerhalb der Berufungsfrist" — Nach der Bemerkung in den Mot. S. 304:

> „Nur in dem Falle, daß der Anschluß innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, hat die sonst bloß vorbereitende Erklärung die erhöhte Bedeutung der eigenen Berufung"

genügt es, wenn die Anschließung durch Zustellung eines Schriftsatzes innerhalb der Berufungsfrist erklärt ist, wie es N. E. § 783 ausdrücklich ausspricht. Dies widerspricht zwar der Regel von der nur vorbereitenden Natur dieses Schriftsatzes (vgl. §§ 480 Anm. 2 a. E., 482 Anm. 1), ist aber um so mehr als Absicht des Gesetzes anzusehen, als bei der entgegengesetzten Auslegung die praktische Bedeutung des Abs. 2 sich auf die Meß- und Marktsachen und auf die Sachen mit abgekürzter Einlassungsfrist (in der Berufungsinstanz sehr selten) beschränken würde. (So auch Petersen §§ 482, 483 II, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp II S. 498 ff., Barazetti a. a. O. S. 93, Kleinschmidt in Busch, Zeitschr. V S. 459 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 2a, v. Kries a. a. O. S. 151 ff.)

2) Der Zurücknahme der Berufung steht die Verwerfung derselben durch Versäumnißurtheil (§ 504 Abs. 1) nicht gleich. Denn, wenngleich nach den Mot. S. 229 dem § 295 das „Präjudiz des Verzichts auf den Anspruch" und folgeweise dem § 504 Abs. 1 dasjenige „der Zurücknahme des Rechtsmittels" zu Grunde liegt, so ist dieses doch immer nur eine Fiktion, und keine gesetzliche Vorschrift nöthigt, auf diese fingirte Zurücknahme den § 483 anzuwenden, welcher (nach Wortlaut und Sinn) nur eine wirkliche Zurücknahme vor Augen hat. (Ebenso RG. VIII S. 380 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 262, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 71, Petersen § 504 Anm. 5, Seuffert § 504 Anm. 4, Barazetti a. a. O. S. 89, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2 a. E., § 504 Anm. 1, Kleinschmidt a. a. O. S. 456. A. M.: Endemann II S. 411, 437, Gaupp II S. 535.)

3) — „als unzulässig verworfen wird" — vgl. §§ 497, 477 Anm. 4, 479 Anm. 4.

§ 484.

1) Abs. 1: Derselbe entspricht vollständig dem von der Klagebeantwortung handelnden § 244. Die Ausdrücke „Berufungskläger" und „Berufungsbeklagter" sind gewählt, weil nach dem System der CPO. die Berufung in der That ein novum judicium bildet (vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 1). Wegen der Anschließung s. § 482 Anm. 1.

2) Abs. 2: Derselbe harmonirt mit den Bestimmungen des § 480 über die Berufungsschrift. Vgl. das. Anm. 2.

§ 485.

1) Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 4. — Wegen der Mündlichkeit s. §§ 487,

Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

N. Entw. § 745. Entw. I. § 441. Entw. II. § 458. Entw. III. § 463. Mot. S. 303. Prot. S. 236—238.

§ 486. Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablaufe der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urtheil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen.

N. Entw. §§ 786, 812. Entw. I. § 442. Entw. II. § 459. Entw. III. § 465. Mot. S. 304, 305. Prot. S. 238.

Anm. 2, 488, Seuffert, Arch. 36 Nr. 308. Wegen des Urkundenbeweises s. § 385 Anm. 2, RG. VIII S. 326. Wegen der §§ 240, 242, welche ebenfalls anwendbar sind, vgl. RG. III S. 371, IV S. 248, 391.

Auch die richterliche Trennungsbefugniß greift Platz und ist hier gerade oft von besonderer Bedeutung. (Vgl. Leonhardt im N. Mag. f. Hann. Recht VIII S. 109 ff.) Selbst bei einer von beiden Theilen eingelegten (wechselseitigen) Berufung kann eine getrennte Verhandlung unter Umständen verfügt werden (vgl. P. E. § 634; s. auch Nordd. Prot. S. 1508). Auch ein Theilurtheil kann erlassen werden (Nordd. Prot. S. 1527). Wegen des zulässigen Inhalts desselben s. RG. XIV S. 200.

Wird gegen ein in einer besonderen Prozeßart (Urkundenprozeß, Ehe- und Entmündigungssachen) erlassenes Urtheil die Berufung ergriffen, so sind auch in zweiter Instanz die von der betreffenden besonderen Prozeßart handelnden Vorschriften (Buch 5, 6) zu beobachten. (Vgl. Württ. PO. Art. 868, Nordd. Prot. S. 1535 ff., P. E. § 867.)

Auch ein vorbereitendes Verfahren kann noch vor dem Berufungsgericht angeordnet werden, gleichviel, ob es in erster Instanz stattgefunden hat oder nicht (s. § 313 Anm. 3, Prot. S. 238).

2) — „soweit nicht Abweichungen — — sich ergeben" — vgl. §§ 488, 489, 490, 491 Abs. 2, 502, 503, 504 Abs. 2.

§ 486.

1) — „wenn — noch nicht verstrichen ist" — Der Fall wird äußerst selten vorkommen. Ginge in demselben die mündliche Verhandlung gegen den Willen des Berufungsbeklagten vor sich, so würde Letzterem in unzulässiger Weise die Frist zur Vorbereitung auf die Vertheidigung gegen die Berufung und auf die eigene Anschlußberufung verkürzt werden, und sofern ihm noch nachträglich innerhalb der Berufungsfrist die Erhebung einer weiteren selbständigen Berufung gestattet werden sollte, die Einheit der Verhandlnng auf das empfindlichste leiden. Eine Ausnahme findet sich in § 656 Abs. 2.

2) — „wenn der Berufungsbeklagte — Einspruch erhoben hat" — In diesem Falle (vgl. § 296 Abs. 2) soll immer („ist — auch von Amtswegen") die Verhandlung über den Einspruch vorausgehen. Hierdurch wird die gleichzeitige Verhandlung derselben Streitsache in zwei Instanzen stets vermieden und in vielen Fällen außerdem die Verhandlung über die Berufung, welche im Zweifel verwickelter sein wird, als die über den Einspruch, überflüssig gemacht. [Unbegründet sind die Bedenken, welche hiergegen von v. Kries a. a. O. S. 164 ff. erhoben werden, da der Einspruch erst durch das auf denselben in der Sache selbst ergehende Urtheil für erledigt anzusehen ist (vgl. auch Wach, Vortr. S. 145), und wenn durch dieses Urtheil das Versäumnißurtheil aufgehoben wird, die Berufung von selbst sich erledigt, weil der Gegenstand, gegen welchen sie gerichtet war, hinweggefallen ist.] In gleicher Art ist das Zusammentreffen von Einspruch und Berufung in den meisten Gesetzgebungen geregelt.

§ 487. Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.

R. Entw. § 787. Entw. I. § 443. Entw. II. § 460. Entw. III. § 466. Mot. S. 305. Prot. S. 238.

§ 488. Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil sowie die dem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

R. Entw. § 788. Entw. I. § 444. Entw. II. § 461. Entw. III. § 467. Mot. S. 305. Prot. S. 238.

---

§§ 487—493.

„Die §§ 487—493 verwirklichen den Charakter der Berufung als eines novum judicium Der Rechtsstreit wird von dem Berufungsgerichte in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von neuem verhandelt (§§ 487, 498). Die Klage und die bei der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge geben die Grenzen für die Verhandlung des Rechtsstreits. Würde eine Aenderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens ein Rechtsstreit verhandelt werden, welcher nicht in erster Instanz verhandelt ist. Der Klageantrag, über welchen das Urtheil ergangen ist, bildet, da es sich um Anfechtung dieses Urtheils handelt, unter allen Umständen die äußerste Grenze der zulässigen Anträge." (Mot. S. 305.)

§ 487.

1) Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 4, v. Kries a. a. O. S. 147.

— „in den — Grenzen" — also keine reformatio in pejus (vgl. auch § 498). Die Grenzen werden durch die Klage und die bei der mündlichen Verhandlung über die Berufung gestellten Anträge bestimmt (§§ 489 und 480 Anm. 2). Diese Anträge können die ganze Klage oder einen Theil derselben umfassen, dürfen aber niemals über dieselbe hinausgehen. Sie müssen bestimmt sein (vgl. § 230 Anm. 6). Hinsichtlich der thatsächlichen Begründung der Anträge ist der Berufungsrichter eben so weit an das Vorbringen der Parteien gebunden, wie der erste Richter.

Ein besonderer Fixirungsbeschluß wird nicht erlassen. Vgl. § 496 Anm. 3.

2) — „von neuem verhandelt" — Eine bloße Bezugnahme der Parteien auf die Verhandlung erster Instanz genügt nicht; vielmehr muß in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine wiederholte Erörterung, namentlich auch des eventuell in Betracht kommenden Prozeßstoffs (über welchen in erster Instanz nicht entschieden ist — § 499) stattfinden. Das Nähere s. in § 488 Anm. 1.

3) Ein in der RTK. gestellter Antrag, auszusprechen, daß der Berufungskläger bzw. im Falle des § 483 Abs. 2 der Berufungsbeklagte bei der mündlichen Verhandlung dem Gerichte den Tag der Zustellung des angefochtenen Urtheils und der Berufungsschrift nachzuweisen habe, wurde zurückgezogen, nachdem der Vertreter der Reichsregierung dieses nach Inhalt des § 497 für selbstverständlich erklärt hatte.

§ 488.

Literatur: Wach, Vortr. S. 9 ff., 184 ff., Erythropel in Busch, Zeitschr. III S. 132 ff., Bünger das. IV S. 352 ff., Vierhaus das. V S. 69 ff., Koffka in Gruchot, Beitr. XXV S. 271 ff., Rocholl, Rechtsfälle I S. 497 ff., Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 228 ff., v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. VI S. 131 ff.

1) Abs. 1: Die Mot. sagen:

„Die neue Verhandlung umfaßt nach Vorschrift des § 488 eine vollständige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Die Natur des auf Anfechtung eines Urtheils gerichteten Rechtsmittels bringt es mit sich, daß das angefochtene Urtheil die Grundlage der Verhandlung bildet. Der Rechtsstreit soll nicht

derart von neuem verhandelt werden, als wäre das Urtheil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden. Es bleibt immer die Richtigkeit des Urtheils zu prüfen, und diese Prüfung muß sich an das dem Gerichte vorliegende Urtheil anschließen. Durch den § 506 Abs. 1 ist daher Vorsorge getroffen, daß zur Prozeßleitung dem Berufungsgerichte die Prozeßakten erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung vorliegen. Das unter Benutzung dieser Akten auszuübende richterliche Fragerecht (§§ 130, 488 Abs. 2) gewährt dem Rechte und der Pflicht des Gerichts, für vollständige Erörterung der Sache zu sorgen, die erforderliche Grundlage, und können auf diese Weise alle Zweifel, ob die eine oder andere Partei Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urtheils vorgebracht sind, aufrecht erhalten oder fallen lassen will, ihre Erledigung finden."

Dies ist nicht dahin zu verstehen, daß der Thatbestand des angegriffenen Urtheils gewissermaßen als „offenkundig" gelte und des Vortrags nicht bedürfe, oder daß das Gericht gar die Sitzungsprotokolle von Amtswegen durchzusehen und alle früheren Erklärungen der Parteien zu berücksichtigen habe. Immer ist eine mündliche Anführung durch die Parteien nöthig, wenngleich gewisse bindende Erklärungen ihre Wirksamkeit behalten (§§ 494, 495) und im Versäumnißverfahren nach § 504 das „festgestellte Sachverhältniß" einschränkend wirkt. Allerdings kann der Vorsitzende die Parteien zu vollständigem und richtigem Vortrage nicht direkt zwingen; aber ein indirekter Zwang liegt regelmäßig in dem einander entgegengesetzten Interesse der Parteien, von denen der einen oder der anderen daran liegen wird, der Aufforderung des Vorsitzenden Folge zu leisten. Im Versäumnißverfahren ist bei Weigerung der erschienenen Partei auf Grund des § 300 Nr. 1 das Versäumnißurtheil abzulehnen. Vgl. Prot. S. 239. [S. RG. IV S. 368, 432, V S. 404, VIII S. 326; vgl. auch X S. 121, 318; RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1118 u. im Preuß. JMBl. 1885 S. 154, Petersen §§ 487, 488 Nr. 2, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp II S. 506. Erythropel a. a. O. S. 135 ff., Bünger a. a. O. S. 352 ff., 371 ff., Vierhaus a. a. O. S. 99 ff., Barazetti a. a. O. S. 106, Wengler: D. Thatbestand usw. S. 165 ff., H. Meyer, Prot. u. Urtheil S. 71 ff., 82, Möller in Gruchot, Beitr. XXVI S. 194 ff. A. M.: Wach, Vortr. S. 9 ff., 184 u. Handb. I S. 332 Anm. 39, Koffka a. a. O. S. 271 ff., Rocholl a. a. O. S. 501 ff., v. Kries a. a. O. S. 131 ff., Hellmann, Lehrb. S. 704 ff., Bähr a. a. O. S. 228 ff., welcher übrigens mit Recht auf die Pflicht des Richters zur Geltendmachung des Fragerechtes in solchen Fällen hinweist, anscheinend auch RG. IV S. 418.] Aus der Bezugnahme des Berufungsgerichts auf den Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils ist jedoch regelmäßig zu schließen, daß der erhebliche Inhalt desselben in zweiter Instanz wieder vorgetragen ist, sofern nicht das Gegentheil positiv festgestellt wurde (RG. II S. 422, V S. 403, Rocholl a. a. O. S. 499, welcher hierin jedoch mit Unrecht einen Widerspruch gegen den obigen — hauptsächlich in RG. IV S. 368 scharf ausgesprochenen — Grundsatz erblickt), da nicht auf etwas Bezug genommen werden darf, was nicht in der mündlichen Verhandlung vor demselben Richter vorgetragen wurde, und die legale Handlungsweise des Richters zu vermuthen ist. Empfehlenswerth aber ist es, den Vortrag der Beweisverhandlungen erster Instanz in dem Thatbestand des Berufungsurtheils zu erwähnen (vgl. auch RG. im Preuß. JMBl. 1885 S. 154).

2) Abs. 2: Die hier dem Vorsitzenden, welchem die Prozeßakten der ersten Instanz vorliegen (§ 506), auferlegte Verpflichtung ist als Ausfluß des Prozeßleitungsamts (§ 127) und des Fragerechts (§ 130) anzusehen. (Weiter gehen Erythropel a. a. O. S. 133 ff., Wach, Vortr. S. 9 und die übrigen Anhänger der Anm. 1 bekämpften Ansicht, indem sie dem Vorsitzenden das Recht bzw. die Pflicht beilegen, unrichtige oder unvollständige Referate selbst zu berichtigen und zu vervollständigen. Vgl. jedoch Anm. 1 u. § 487 Anm. 2.) Vermöge des Fragerechts ist der Vorsitzende auch im Stande, alle etwaigen Zweifel zu beseitigen, ob die Parteien Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urtheils in erster Instanz vorgebracht sind, aufrecht erhalten wollen. Dasselbe hat sich namentlich auch auf das Ergebniß der Beweisaufnahme zu erstrecken (vgl. § 258 Anm. 3).

§ 489. Eine Aenderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft.

N. Entw. — Entw. I. § 445. Entw. II. § 462. Entw. III. § 468. Mot. S. 305. Prot. S. 238.

§ 490. Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.

Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amtswegen anordnen.

N. Entw. § 794. Entw. I. § 447. Entw. II. § 463. Entw. III. § 469. Mot. S. 305, 306. Prot. S. 238, 239.

---

§ 489.

1) Vgl. § 487 Anm. 1. — Der Begriff der Klagänderung (vgl. § 240) ist derselbe, wie für die erste Instanz (anders P. E. § 635 Abs. 4). Wegen der Sachlegitimation insbesondere s. § 240 Anm. 2 a. E. u. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 496. Jedoch kommt hier selbstverständlich die Klage in derjenigen Gestalt in Betracht, welche sie im Laufe erster Instanz bis zum Urtheil in gültiger Weise erlangt hat (vgl. §§ 235 Abs. 2 Nr. 3, 241, 242; Wilm. Levy Anm. 1). Darin, daß selbst die Einwilligung des Gegners die Klagänderung nicht zu einer statthaften macht, liegt eine Abweichung vom § 235 Abs. 2 Nr. 3. Dieselbe beruht darauf, daß es gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens verstoßen würde, wenn ein Rechtsstreit, welcher in erster Instanz gar nicht verhandelt ist, sofort in zweiter Instanz verhandelt werden könnte. (Vgl. die in § 235 Anm. 6 angeführten Verhandl. d. D. Juristentags.) Die Berufung ist daher, wenn sie nur durch die unzulässige Klagänderung begründet wird, zurückzuweisen [nicht als „unstatthaft" (unzulässig) zu verwerfen, wie Kleiner II S. 387, Hellmann II S. 406 wollen].

2) Eine Erweiterung der Klage ohne Aenderung des Klagegrundes (§ 240 Nr. 2) kann auch noch in der Berufungsinstanz vorgenommen werden (RG. IV S. 251) und mithin auch die Grundlage für eine Beschwerde bilden, selbst wenn in erster Instanz dem Antrage gemäß erkannt ist. Es ist dies Folge des Berufungsverfahrens als eines novum judicium (vgl. oben S. 523 Anm. 4, v. Kries, Rechtsmittel S. 52, Barazetti a. a. O. S. 82, 112, 120, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIV S. 130, XXV S. 150, Seuffert Anm. 2 u. § 491 Anm. 3a. A. M.: RG. XIII S. 390, Wilm. Levy § 491 Anm. 2, gegen v. Kries auch Gruchot, Beitr. XXVI S. 144).

Dagegen giebt eine derartige Erweiterung, wenn der erweiterte Antrag über die Zuständigkeit des Amtsgerichts hinausgeht, dem Beklagten das Recht, die erst in zweiter Instanz entstandene Einrede der Unzuständigkeit nach § 490 Abs. 1 geltend zu machen, da, wenn das Amtsgericht in erster Instanz unzuständig ist (vgl. § 467), auch das Landgericht als Berufungsgericht unzuständig erscheint (A. M. Wilm. Levy a. a. O.). Auf Grund dieser Einrede kann das Berufungsgericht sodann die Klage nicht nur wegen Unzuständigkeit abweisen, sondern auch (wie Eccius in Gruchot, Beitr. XXIV S. 130 mit Recht bemerkt) die Sache zugleich vor sich als erste Instanz verweisen. (So auch Seuffert § 491 Anm. 3a. A. M. früh. Aufl., Heidenfeld in Gruchot, Beitr. XXV S. 583 ff.)

§ 490.

1) Abs. 1: Die Bestimmung ist eine Konsequenz des § 247 Abs. 2. Ueber den Begriff der prozeßhindernden Einreden vgl. § 247 Abs. 2. Insbesondere gehört hierher die Einrede der Unzuständigkeit (s. § 247 Anm. 1, RG. V S. 428). Zu denselben gehört dagegen nicht die der Klagänderung (§ 489). Vgl. § 247 Anm. 3.

— „auf welche die Partei wirksam verzichten kann" — vgl. § 247 Anm. 11.

— „glaubhaft macht — — vorzubringen" — Hierher gehört nicht, (wie v. Kries

§ 491. Die Parteien können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des §. 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

N. Entw. §§ 789, 795. Entw. I. § 446. Entw. II. § 464. Entw. III. § 470. Mot. S. 306. Prot. S. 238. 168. Sitzg. S. 7, 8. 169. Sitzg. S. 11.

---

a. a. O. S. 185 annimmt), ohne weiteres der Fall, wenn beim Ausbleiben des Beklagten der Kläger gemäß § 296 Abs. 2 mit seiner Klage abgewiesen ist und gegen dieses Urtheil Berufung erhebt; denn in diesem Falle ist der Beklagte, vorausgesetzt, daß er ordnungsmäßig geladen war, nicht ohne sein Verschulden außer Stande gewesen, in dem Termine erster Instanz die Einreden vorzubringen.

Der Abs. 1 des § 247 findet auch auf die Berufungsinstanz insoweit Anwendung, als prozeßhindernde Einreden in derselben nach § 490 Abs. 1 (welcher auch in dem Falle zur Geltung kommt, wenn in erster Instanz lediglich über eine prozeßhindernde Einrede verhandelt ist) überhaupt noch zulässig sind (z. B. die der Sicherheitsleistung nach § 103) und nicht Abs. 3 das. Platz greift. Vgl. § 247 Anm. 2.

2) Abs. 2: Die in den meisten neueren Gesetzgebungen sich findende Abweichung von der Vorschrift des § 239 beruht auf der Erwägung, daß es bei dem selteneren Vorkommen prozeßhindernder Einreden in der Berufungsinstanz nicht erforderlich erscheint, dem Beklagten ein Recht auf gesonderte Verhandlung derselben zu gewähren. Vgl. § 465 Abs. 3. — Ueber „Verhandlung zur Hauptsache" vgl. § 247 Anm. 1.

3) — das Gericht — — — anordnen" — Wird in diesem Falle die Einrede (durch Zwischenurtheil) verworfen, so unterliegt das desfallsige Urtheil nach § 248 Abs. 2 der Revision; die entgegenstehenden Anschauungen der Nordd. Prozeßkommission (Nordd. Prot. S. 1520) können dem gegenüber nicht maßgebend sein (Sarwey I S. 671 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 7, Brettner in Böbiker, Mag. V S. 293. A. M. Gaupp II S. 509). Vgl. auch 465 Anm. 3.

4) Ueber Fälle, in welchen über bereits in erster Instanz vorgeschützte prozeßhindernde Einreden in zweiter Instanz gestritten wird, vgl. § 500 Anm. 3.

§ 491.

1) Abs. 1: Abweichend von dem gemeinrechtlichen Prozesse, in welchem das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel in der Appellationsinstanz nur aus Restitutionsgründen zulässig war (Wetzell S. 755 ff., Renaud S. 543 ff.), aber in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte („beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi"; v. Bethmann-Hollweg: Röm. Civilprozeß II S. 710, III S. 331, Wetzell S. 754) und mit den meisten neueren Gesetzgebungen (Preuß. AGO. I 14 §§ 19, 20, Code de proc. art. 465, Hann. PO. § 418, Bayer. PO. Art. 707, Württ. PO. Art. 717, Bad. PO. § 1138) sind neue (d. h. in erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung nicht vorgebrachte) Angriffs- und Vertheidigungsmittel (vgl. über diesen Begriff §§ 136, 137 Anm. 2, 251 Anm. 1) in der Berufungsinstanz unbeschränkt zugelassen. Die Befugniß steht gleichmäßig dem Berufungskläger wie dem Berufungsbeklagten zu; Letzterer ist dieser Befugniß halber nicht genöthigt, behufs Aufrechterhaltung des Urtheils erster Instanz nova im Wege der Anschlußberufung geltend zu machen (Nordd. Prot. S. 1505). [Wach, Vortr. S. 186 bezeichnet insofern mit Recht die Berufungsinstanz als „eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung".]

2) Auf Grund des § 491 Abs. 1 können neue Anführungen (einschließlich neuer Anträge), wie in erster Instanz, in Gemäßheit der §§ 251, 256, 339, 398 bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden

(anders gestaltet sich dieser Satz im H. E. § 580 und im N. E. §§ 789—791 wegen der dort beibehaltenen Eventualmaxime; vgl. §§ 251—258 Anm. 2, Leonhardt im N. Mag. a. a. O. S. 103 ff.). Indessen kann vermöge der richterlichen Trennungsbefugniß (§ 136) sowie der Befugniß zum Erlaß von Theilurtheilen (§ 273) im einzelnen Falle für die Berufungsinstanz eine Beschränkung eintreten, welche in erster Instanz nicht vorgelegen hat, weil in derselben von jener Befugniß nicht der gleiche Gebrauch gemacht wurde (Leonhardt a. a. O. S. 133).

3) Auf Anfrage in der RTK. hat der Vertreter der Reichsregierung es nach Inhalt des § 491 Abs. 1 für selbstverständlich erklärt, daß eine Partei, die in der ersten Instanz lediglich den Eid zugeschoben habe, dadurch nicht verhindert werde, in der zweiten Instanz neue Beweismittel, Zeugen, Urkunden usw. anzugeben. In der That entspricht dies der Auffassung der Eideszuschiebung in der CPO. Auch ist vermöge des Grundsatzes der Subsidiarität der Eideszuschiebung (§ 418), welcher nach § 485 auch für die Berufungsinstanz gilt, in Verbindung mit dem Rechte auf Vorbringung neuer Beweismittel (§ 491 Abs. 1) jede Partei berechtigt, in der Berufungsinstanz noch die Zuschiebung oder Zurückschiebung des durch bedingtes (noch nicht rechtskräftiges) Urtheil auferlegten Eides auch ohne die Voraussetzungen des § 432 zu widerrufen, falls sie oder ihr Gegner neue Beweismittel geltend macht. § 495 steht so wenig wie § 432 entgegen, da er nur vorbehaltlich des § 418 Bedeutung hat. (Vgl. §§ 432 Anm. 1, 495 Anm. 2, Hönemann in Gruchot, Beitr. XXVI S. 29 ff., welcher uns irrigerweise als Anhänger der entgegengesetzten Ansicht bezeichnet, Schmidt in Busch, Zeitschr. IV S. 383 ff., OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 37 Nr. 164).

4) Hat ein vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen usw. (§§ 313 ff.) in erster Instanz stattgefunden, so können ungeachtet des in §§ 316 u. 319 aufgestellten Präjudizes dennoch Erklärungen über Thatsachen usw. nachgeholt und neue Angriffsmittel usw. vorgebracht werden. Eine nach dem Schlusse der zweiten Lesung aus der Mitte des Bundesraths angeregte Aenderung in der gedachten Beziehung ist nicht zu Stande gekommen. [Vgl. Komm.-Ber. der RTK. z. CPO. S. 7 und die unter dem Text alleg. Prot.; s. auch OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VIII S. 348, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 67, Stegemann in Böbiker, Mag. IV S. 68 ff.]

5) Hinsichtlich des Kostenpräjudizes wegen der Zurückhaltung neuer Anführungen bis zur zweiten Instanz vgl. § 92 Abs. 2. Daneben findet auch § 251 Abs. 2 auf die Berufungsinstanz Anwendung. — Wegen der Gebühren im Falle einer durch das neue Vorbringen veranlaßten Beweisanordnung und Beweisaufnahme s. GKG. § 49 Abs. 2.

6) Der Abs. 2 schließt — im Gegensatz zu dem neuen Vorbringen des Abs. 1 — neue Ansprüche (nouvelles demandes — Code de proc. art. 464) aus dem in § 489 Anm. 1 angegebenen Grunde, mithin selbst mit Einwilligung des Gegners (so auch RG. im R.Anz. 1886 b. Beil. 3 S. 165), in der Regel aus, mögen dieselben nun vom Kläger im Wege der Klagänderung (§ 489) oder vom Beklagten im Wege der Kompensationseinrede (v. Kries a. a. O. S. 171 ff., Seuffert Anm. 4, Petersen § 491 Nr. 2. A. M. Wach, Vortr. S. 193) oder Widerklage oder von einem Dritten im Wege der Hauptintervention (§ 61) geltend gemacht werden. Auch von dem Rechte des § 253 kann in der Berufungsinstanz nicht Gebrauch gemacht werden (Siebenhaar S. 493, Seuffert Anm. 2, Wilm.-Levy Anm. 3 u. A. A. M. der Rez. der Letzteren in Gruchot, Beitr. XXV S. 159).

Ueber den Begriff „Ansprüche" vgl. §§ 136, 137 Anm. 2. Die in § 240 Nr. 2 und 3 bezeichneten Modifikationen der Klage gelten aber auch hier nicht als Aenderungen (vgl. § 489 Anm. 2, RG. IV S. 248; Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 82). Wegen des Falles, wenn durch die Erweiterung des Klagantrags die in erster Instanz begründete amtsgerichtliche Zuständigkeit überschritten wird, s. auch § 489 Anm. 2.

Von der Regel der Unzulässigkeit neuer Ansprüche in Betreff der Kompensationsforderungen (mögen dieselben excipiendo oder replicando geltend gemacht werden) ist beim Vorhandensein restitutionsähnlicher Voraussetzungen eine Ausnahme gemacht, welche auf widerklagend

§ 492 Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des §. 267 die Partei das Rügerecht bereits in erster Instanz verloren hat.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 465. Entw. III. § 471. Mot. S. 306. Prot. S. 238.

§ 493. Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

N. Entw. § 790. Entw. I. § 448. Entw. II. § 466. Entw. III. § 472. Mot. S. 306, 307. Prot. S. 238.

---

geltend gemachte Ansprüche nicht analog ausgedehnt werden darf. Die Erhebung einer Widerklage ist, wie auch die Mot. hervorheben, in der Berufungsinstanz niemals zulässig. (A. M. Endemann II S. 419.) Wegen der Trennung von Kompensationsansprüchen gelten die §§ 136 Abs. 2, 274 auch in zweiter Instanz (vgl. Schollmeyer, Kompens. S. 73 ff., Seuffert Anm. 3 b).

Neu ist nur ein Anspruch, welcher in erster Instanz gar nicht geltend gemacht oder wieder zurückgezogen war, mithin nicht ein Anspruch, welcher in erster Instanz schon im Wege der Kompensationseinrede geltend gemacht war, aber nur einem der verschiedenen Klaganspruche gegenüber, während er in zweiter Instanz allen gegenüber erhoben wird (RG. XIII S. 375) oder nur nach § 252 zurückgewiesen ist (s. Schollmeyer a. a. O. S. 77 Anm. 1, Seuffert Anm. 3 b).

Die Retentionseinrede enthält nicht die Geltendmachung eines neuen Anspruchs (vgl. § 136 Anm. 3, Seuffert Anm. 3 b, Wach, Vortr. S. 192, Gaupp II S. 512, v. Kries a. a. O. S. 172, Wilm. Levy Anm. 3, Petersen § 491 Nr. 2, Hellmann, Lehrb. S. 689, RG. VIII S. 364, in Seuffert, Arch. 38 Nr. 281 u. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 310. A. M. Puchelt II S. 333).

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß neue Ansprüche zum Zwecke der Vertheidigung (im Wege der Kompensation) gegen die von dem Gegner zulässiger Weise vorgebrachten neuen Ansprüche geltend gemacht werden können, soweit nicht etwa der civilrechtliche Grundsatz „compensatio compensationis non datur“ entgegensteht (H. E. § 585 Abs. 2, Hann. Prot. X S. 3659—3662, Leonhardt, BPO. § 417 S. 290, Hann. Prot. S. 3659 ff., Windscheid, Pand. II § 350 Nr. 1, Seuffert, Arch. 38 Nr. 222 und die dort angeführte Rechtsprechung).

7) In Betreff der Erweiterung des Anspruchs bei der von dem Konkursverwalter aufgenommenen Anfechtungsklage eines Gläubigers s. Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 Abs. 2 (RGBl. S. 277).

§ 492.

Der § 492 enthält eine selbstverständliche Konsequenz des in § 267 ausgesprochenen Grundsatzes. Außerdem gilt § 267 auch rücksichtlich der in der Berufungsinstanz selbst vorgekommenen Verletzungen. (Vgl. noch § 521 u. RG. III S. 465.)

§ 493.

1) Die Bestimmung entspricht dem der Berufung überhaupt zu Grunde liegenden Gedanken eines neuen Judiziums (§ 487) und verletzt keineswegs ein wohl erworbenes Recht des Gegners (vgl. §§ 494, 495), weil hier nur fingirte Geständnisse (vgl. §§ 129 Anm. 1, 263 Anm. 1 a. E., Bülow im civ. Arch. 62 S. 54 Anm. 27, Wach in Grünhut, Zeitschr. VII S. 160, RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 347) in Frage stehen (Norbd. Prot. S. 1524), dient vielmehr zum Schutze des materiellen Rechts.

Ueber die Folgen der „unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen“, welche auf diese Weise beseitigt werden können, vgl. §§ 129 Abs. 2, 404 Abs. 3, 417 Abs. 2. Hinsichtlich der Eideszuschiebung ist es unerheblich, ob die Erklärung ausdrücklich verweigert ist oder

§ 494. Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

N. Entw. § 792. Entw. I. § 448. Entw. II. § 467. Entw. III. § 473. Mot. S. 307. Prot. S. 238, 239.

§ 495. Die in erster Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird.

N. Entw. § 793. Entw. I. § 449. Entw. II. § 468. Entw. III. § 474. Mot. S. 307. Prot. S. 239, 733.

---

wegen unzulässiger Zurückschiebung als verweigert angesehen wird (§ 417 Abs. 2). (So auch Wilm. Levy Anm. 2 d., Petersen § 493 Anm. u. A. A. M. Kleiner II S. 540.)

Nicht hierher gehört dagegen die Verweigerung der Leistung eines Eides (vgl. § 495 Anm. 4; Petersen a. a. O., Gaupp II S. 514 u. A.)

2) Daß durch § 494 die Befugniß des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen wird, nach freier Ueberzeugung zu ermessen, welche Wirkung der Thatsache beizulegen sei, daß eine Versäumung oder Weigerung in erster Instanz stattgefunden hat (N. E. § 790 Satz 2), ist, wie auch die Mot. hervorheben, nach § 259 selbstverständlich.

§ 494.

1) Da die CPO. das gerichtliche Geständniß unter dem Gesichtspunkte einer Disposition der Partei über den Streitgegenstand behandelt, ist es eine nothwendige Folge, daß dasselbe auch für die fernere Instanz seine Geltung behalten muß. Vgl. §§ 261—263.

„Dies schließt aber nicht aus, daß sich die Partei im Falle des § 262 Abs. 2 darüber beschweren kann, daß das Gericht erster Instanz in ihrem Vorbringen mit Unrecht ein Geständniß gefunden habe; auch darf die Partei zur Führung der ihr nach § 263 beim Widerrufe des Geständnisses obliegenden Beweise der Unwahrheit und des Irrthums neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen" (Mot.).

Ueberhaupt reicht, wie auch der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. ausdrücklich konstatirt hat, die Wirksamkeit selbstverständlich nicht weiter, als in der ersten Instanz, so daß unter den Voraussetzungen des § 263 auch ein Widerruf erfolgen kann. (So auch RG. XI S. 405 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 348.)

2) Wegen des Falles einer erst in der Berufungsinstanz aufgestellten neuen Behauptung, welche sich in Einklang setzt mit einer in erster Instanz vom Gegner anderen Behauptungen gegenüber vorgetragenen Geschichtserzählung, s. RG. im RAnz. 1880 b. Beil. 15 S. 2.

§ 495.

1) Der Inhalt des § 495 erklärt sich nach den Mot. aus der Vergleichsnatur des zugeschobenen Eides, in Folge deren durch die Annahme, Zurückschiebung usw. — ähnlich wie im Falle des § 494 durch Ablegung des gerichtlichen Geständnisses — materielle Rechte zwischen den Parteien entstehen.

Abs. 1 bezieht sich nur auf den zugeschobenen, Abs. 2, welcher einen durch bedingtes Urtheil oder Beweisbeschluß (§§ 425, 426) bereits festgesetzten Eid voraussetzt, auch auf den richterlichen Eid (§ 437) einschließlich der eidlichen Schätzung (§ 260) und auf den Editionseid (§ 391).

Ob der Eid durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Urtheil auferlegt gewesen, ist auch für Abs. 1 gleichgültig (RG. III S. 370). Auch verliert der Eid deßhalb allein (vgl. jedoch Anm. 3) seine Wirksamkeit nicht, weil er in erster Instanz mit Unrecht durch Beweisbeschluß — statt durch bedingtes Urtheil — auferlegt war (RG. IX S. 346).

2) Abs. 1: Die Annahme und Zurückschiebung haben selbstverständlich für die Berufungsinstanz keine weitergehende Wirksamkeit als für die erste. Soweit also Annahme und Zurückschiebung in erster Instanz widerrufen werden können (vgl. §§ 418, 419, 422, 423, 432, 433),

§ 496. Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes

kann es auch in der Berufungsinstanz geschehen (vgl. §§ 432 Anm. 1, 491 Anm. 3). Das Wort „Zuschiebung", welches in den Entwürfen vor „Annahme" stand, ist von der RTK. gestrichen, weil die lediglich als Beweisantretung anzusehende bloße Zuschiebung eines Eides, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz wiederholt ist, für letztere keine Bedeutung haben kann. Vgl. § 423 Anm. 1.

3) Der Abs. 2 hat nur die unmittelbaren Folgen der Leistung, der Verweigerung der Leistung und der Erlassung eines Eides (§§ 428 Abs. 1 und 429) vor Augen, nicht auch die Frage, ob das Gericht aus diesen Folgen die weiteren Folgen für die Entscheidung des Rechtsstreits richtig gezogen hat. Diese Frage, welche mit der Frage nach den unmittelbaren Folgen der Eidesleistung nur in einem ganz zufälligen Zusammenhange steht (da sie in gleicher Weise auftauchen kann, wenn die betreffenden Thatsachen nicht durch Eidesleistung usw., sondern durch andere Beweismittel, wie Urkunden usw., erwiesen werden sollen), bleibt der freien Beurtheilung des Berufungsgerichts ebenso unterworfen, wie ein (sei es neu entstehender oder bereits durch die Anordnung der Eidesleistung entschiedener) Streit unter den Parteien über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung oder Zurückschiebung, über die Norm des Eides usw. (Hann. Prot. X S. 3664—3666, Nordd. Prot. S. 1641; vgl. auch RG. IX S. 343, Wach, Vortr. S. 189 ff., Seuffert Anm. 2 d u. v. Kries a. a. O. S. 175 ff., welcher namentlich auch für den Fall, daß das Gericht erster Instanz unter Verkennung der Beweispflicht eine Eidesleistung angeordnet hat, den abgeleisteten Eid in der Berufungsinstanz nicht für bindend erachtet).

4) Ebenso bindend für die Berufungsinstanz wie die ausdrückliche Verweigerung der Leistung (vgl. § 429 Abs. 2) ist das Ausbleiben im Schwurtermine (§ 430), obschon das in diesem Falle ergehende Versäumnißurtheil noch mittels Einspruchs angefochten werden kann (vgl. § 474 Anm. 1). Anders die Verweigerung der Erklärung über die Eideszuschiebung im Falle des § 493.

5) Abgesehen von den Bestimmungen der §§ 493—495, enthält die CPO. keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, inwieweit die Beweisverhandlungen erster Instanz für die Berufungsinstanz fortwirken. Aus der Erwähnung der „Beweisverhandlungen" in § 488 Abs. 1 ergiebt sich aber — wie auch die Mot. hervorheben — daß dieselben auch für die Berufungsinstanz Geltung behalten (vgl. Nordd. Prot. S. 1522). Eine wiederholte Beweisaufnahme, insbesondere eine wiederholte Vernehmung der in erster Instanz bereits vernommenen Zeugen und Sachverständigen, ist mithin nicht erforderlich; vielmehr kann das Berufungsgericht die Würdigung des Beweises auf Grund der in erster Instanz aufgenommenen Verhandlungen vornehmen, welche jedoch selbstverständlich durch die Parteien, wie in erster Instanz (§ 258), mündlich vorgetragen werden müssen (vgl. §§ 487 Anm. 2, 488). Auf der anderen Seite ist aber auch das Berufungsgericht auf Grund des § 485, welcher auf die bezüglichen Vorschriften der §§ 363 Abs. 1, 369, 377, 135 Abs. 1 verweist, befugt, nach freiem Ermessen im einzelnen Falle eine Wiederholung der Zeugenvernehmung bzw. einen wiederholten oder neuen Sachverständigenbeweis anzuordnen. Dieses besonders auszusprechen (H. E. § 587), ist nicht für nothwendig erachtet.

6) Die auf Grund der §§ 392, 409 verhängten Nachtheile behalten nicht unbeschränkte Wirksamkeit für die Berufungsinstanz. Insoweit sie nur fakultativ eintreten, ist das Ermessen des Berufungsrichters nicht weiter beschränkt als das des ersten Richters, und soweit das Präjudiz in § 392 obligatorisch ist, kann der Gegenbeweis in der Berufungsinstanz noch durch Vorlage der Urschrift erbracht werden, durch andere Beweismittel aber so wenig als in erster Instanz (vgl. § 392 Anm. 2, Wach, Vortr. S. 189. A. M. in letzterer Hinsicht v. Kries a. a. O. S. 184).

§ 496.

1) Abs. 1: In Uebereinstimmung mit dem gem. und preuß., aber abweichend vom franz. Rechte (Code de proc. art. 443, 450) geht die CPO. davon aus, daß ein Urtheil

Urtheil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt.

N. Entw. § 796. Entw. I. § 452. Entw. II. § 469. Entw. III. § 475. Mot. S. 307, 308. Prot. S. 239.

§ 497. Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Be=

---

in der Regel erst mit Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar wird, läßt jedoch ausnahmsweise vorläufig vollstreckbare Urtheile zu (vgl. §§ 645, 648—659). Mit dieser Anschauung hängt der § 496 zusammen. Er hat keine Bedeutung für Urtheile, welche nach den Vorschriften der §§ 648—659 ohnehin unbedingt, d. h. ohne daß die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsbestellung abhängig gemacht wurde (§ 652), für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, bezieht sich vielmehr nur auf Urtheile, welche entweder gar nicht oder nur unter der Bedingung der Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar sind (vgl. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 37 Nr. 165). Hinsichtlich dieser hat es für den Berufungsbeklagten (unter Umständen auch für den Berufungskläger, wenn derselbe z. B. in erster Instanz als Kläger theilweise obgesiegt hat) ein Interesse, den von dem Berufungskläger nicht angefochtenen Theil feststellen und für vorläufig vollstreckbar erklären zu lassen. Vgl. auch § 523.

Die Entscheidung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 11; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

2) „Berufungsanträge" — d. h. die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge, da die in der Berufungsschrift enthaltenen nicht maßgebend sind (§ 480 Anm. 2).

3) — „im Laufe der mündlichen Verhandlung" — Der Antrag kann von jeder der Parteien in jedem Stadium der kontradiktorischen (vgl. OLG. Celle a. a. O.) mündlichen Verhandlung gestellt werden, sobald nur der Berufungskläger seine Berufungsanträge gestellt hat. Da aber der Berufungskläger das Recht hat, seine Anträge im Laufe der Instanz noch zu erweitern (vgl. § 480 Anm. 2), und der Berufungsbeklagte das Recht, sich auch noch später der Berufung anzuschließen (vgl. § 482 Anm. 1), so hat die Feststellung des unangefochtenen Theils des Urtheils nicht (wie in Bayer. PO. Art. 720, 721, P. E. § 636, H. E. § 581) den Charakter eines die Berufungsbeschwerden fixirenden Beschlusses, und der unangefochtene Theil wird nicht rechtskräftig, sondern eben nur für vorläufig vollstreckbar erklärt (Nordd. Prot. S. 1527). Dem desfallsigen Antrage muß vom Gerichte entsprochen werden („ist — — zu erklären").

Die Entscheidung über den Antrag ist sofort, nicht erst am Schlusse der Verhandlung — mittels Beschlusses, welcher sogleich zu verkünden ist — zu erlassen (§ 656, auf welchen Endemann II S. 425 Bezug nimmt, findet höchstens entsprechende Anwendung, da er von dem anderen Falle handelt, wo ein Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung des ganzen erstrichterlichen Urtheils gestellt ist; vgl. § 656 Anm. 2, 3, Gaupp II S. 518).

4) Abs. 2: Nach der allgemeinen Wortfassung (vgl. den gleichen bzw. ähnlichen Ausdruck in §§ 291 Abs. 4, 647 Abs. 2, 656 Abs. 3 im Gegensatz zu den beschränkteren Ausdrücken in den § 473 Anm. 3 angeführten Stellen) ist die Entscheidung auch dann unanfechtbar, wenn sie den Antrag zurückweist. (Zustimmend: Gaupp II S. 518, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2. A. M. Endemann II S. 425 a. E., welcher in diesem Falle die Beschwerde zuläßt, wiewohl diese nach § 530 nur gegen Entscheidungen stattfindet, welche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordern, während in § 496 eine mündliche Verhandlung vorausgesetzt wird.)

§ 497.

1) Die Vorschrift entspricht dem vom Einspruch handelnden § 306.

— „von Amtswegen" — Ebenso der gemeinrechtliche und der preuß. Prozeß sowie die meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 171 ff.); ab=

rufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

N. Entw. § 799. Entw. I. § 453. Entw. II. § 470. Entw. III. § 476. Mot. S. 308. Prot. S. 239, 559.

§ 498. Das Urtheil erster Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

N. Entw. § 800. Entw. I. § 454. Entw. II. § 471. Entw. III. § 477. Mot. S. 309. Prot. S. 241—243.

---

weichend in Bezug auf die Frist und die Berufungssumme Hann. PO. § 416 (vgl. die Reg.-Mot. und die Anm. von Leonhardt, BPO. zu § 416). Vgl. § 202 Anm. 2. Von den Parteien ist nöthigenfalls das zur Prüfung erforderliche Material vorzulegen. Vgl. § 487 Anm. 3. Wegen des Falles, wenn der Berufungskläger ausbleibt, s. § 504 Anm. 1, 2.

2) Die Prüfung erfolgt, wie auch die Mot. hervorheben, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen, immer erst nach mündlicher Verhandlung; eine Zurückweisung per decretum findet so wenig statt wie in erster Instanz bezüglich der Klage. Es steht aber nichts entgegen, daß das Berufungsgericht die Frage der Zulässigkeit der Berufung zum Gegenstande einer abgesonderten Verhandlung und Entscheidung durch Zwischenurtheil macht. Der Berufungsbeklagte seinerseits hat kein Recht, dieses zu verlangen (vgl. § 490 Abs. 2).

3) — „an sich statthaft" — vgl. §§ 472—474, 248, 276, 476 Anm. 3, 562, 94. [Dem Wortlaut („unzulässig") und dem Geist des § 94 zuwider (vgl. § 94 Anm. 1) rechnet v. Kries a. a. O. S. 190 den Fall des § 94 nicht hierher, sondern unter die Fälle der unbegründeten Berufung.]

— „in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt" — vgl. §§ 477, 479 (nicht auch 480 und 481). [So auch Gaupp II S. 518, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Endemann II S. 426 bezüglich § 481.] Auch die Form der Zustellung ist von Amtswegen zu prüfen (s. §§ 156 Anm. 3, 181 Anm. 3, 267 Anm. 7, 306 Anm. 2, RG. V S. 413, VII S. 373, IX S. 413, X S. 400. A. M. v. Kries a. a. O.).

4) — „als unzulässig zu verwerfen" — „unzulässig" im Gegensatz zu (materiell) „unbegründet", „verwerfen" im Gegensatz zu „zurückweisen" (vgl. § 499). Die Verwerfung erfolgt durch Endurtheil. Vorbehalte dürfen der Verwerfung nicht angehängt werden (vgl. z. B. RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 72). Die Verletzung des Grundsatzes des § 479 ist unbedingter Revisionsgrund (§ 509 Nr. 1, RG. II S. 397). Wegen des Versäumnißverfahrens s. § 504.

5) Die Zulässigkeit der Anschließung (vgl. §§ 482, 483 Abs. 2) ist gleichfalls von Amtswegen zu prüfen. (Ebenso Puchelt II S. 339, Endemann II S. 426, Gaupp II S. 518, v. Kries a. a. O. S. 190 u. A.)

6) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 5 u. Abs. 2 und § 28, GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 498.

1) Der § 498 (vgl. Hann. PO. § 426) enthält nur eine Anwendung des allgemeinen, aus der Verhandlungsmaxime entspringenden Grundsatzes, daß der Richter nicht über den Antrag der Parteien hinaus erkennen darf (§ 279).

In der RTK. wurden Anträge, dem § 498 hinzuzufügen, daß eine Abänderung zu Ungunsten des Berufungsklägers statthaft sein solle, wenn dieselbe als Folge der durch die gestellten Anträge veranlaßten Beurtheilung sich ergebe, bzw. wenn in Folge der begründeten Beschwerde in der Sache weiter zu erkennen sei, oder wenn bei der durch die Beschwerde veranlaßten Beurtheilung ein Eid sich als unnöthig ergebe (Beispiel: Das erste Gericht weist angebrachtermaßen ab, das zweite erklärt die Klage für begründet und nach erfolgter Beweisaufnahme den Beweis für nicht erbracht, oder: das erste Gericht erachtet die Klage für begründet, den Beweis aber nicht für erbracht und erkennt auf einen Eid des Beklagten, das zweite Gericht erachtet

§ 499. Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erledigen. Dasselbe kann ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urtheil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist.

N. Entw. § 803. Entw. I. § 455. Entw. II. § 472. Entw. III. § 478. Mot. S. 309, 310. Prot. S. 243.

---

auf die Berufung des Klägers den Beweis für geführt, aber die Klage selbst nicht für schlüssig; in beiden Fällen soll das Berufungsgericht die Klage sofort definitiv abweisen können), zurückgezogen, nachdem dieselben Widerspruch gefunden hatten und darauf hingewiesen worden war, daß der Berufungsbeklagte stets in der Anschließungsbefugniß ein Mittel besitze, dieses Ergebniß, wenn ihm daran gelegen sei, herbeizuführen. (Vgl. auch RG. in D. J. Ztg. 1885 S. 316.) Ein Antrag, daß das Berufungsgericht auch ohne Parteiantrag befugt sein solle, eine gesetzwidrige oder unnöthige Eidesauflage zu beseitigen (Bayer. PO. Art. 728), wurde von der RTK. abgelehnt. [Ohne Anschließung des Beklagten darf daher ein ihm auferlegter richterlicher Eid nicht zu Gunsten des Beklagten vom Berufungsgericht beseitigt werden (ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 160. A. M. RG. v. 23. März 1886. Rep. III 344/85, Endemann II S. 427). Vgl. auch Mot. S. 310.] Von jenen Fällen sind aber solche zu unterscheiden, in welchen der ausdrückliche Antrag auf eine gewisse Abänderung stillschweigend den Antrag auf eine weitere, daraus mit Nothwendigkeit sich ergebende Aenderung in sich schließt. (Ein Beispiel s. bei Siebenhaar S. 497; vgl. auch Endemann a. a. O., Hellmann II S. 415, Gaupp II S. 521, v. Kries a. a. O. S. 192 Anm. 99.) Auch ist schon nach § 431 Satz 2 eine zuläßige Berichtigung unwesentlicher Umstände in der Eidesnorm nicht ausgeschlossen. (Vgl. auch Siebenhaar S. 499.)

2) Inwieweit eine Abänderung beantragt ist, ergiebt sich aus den bei der mündlichen Verhandlung gestellten Anträgen (vgl. § 487). Innerhalb dieser Anträge hat der Berufungsrichter den ihm vorgetragenen Prozeßstoff (§§ 487, 488), wie in erster Instanz, frei zu würdigen, ohne an die Begründung der Parteien gebunden zu sein, auch wenn dieselbe in Spezialbeschwerden ihren Ausdruck gefunden hat.

Wegen Aufhebung des Urtheils, wenn der Berufungsrichter ein bedingtes Endurtheil erläßt s. § 499 Anm. 4.

§ 499.

Literatur zu §§ 499—501: Seuffert in Busch, Zeitschr. VII S. 1 ff.

1) Der § 499 regelt den Devolutiveffekt der Berufung (auch „innere Kompetenz" des Berufungsrichters genannt), d. h. die Frage, inwieweit der höhere Richter in Folge der Einlegung des Rechtsmittels mit der Sache befaßt ist (vgl. Wetzell S. 616, 672 ff.). Abweichend von der Preuß. AGO. I 10 §§ 62 ff., jedoch in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungswerken [Hann. PO. §§ 422 ff., Bayer. PO. Art. 731, Württ. PO. Art. 722, H. E. § 592, P. E. § 638 (vgl. über Letzteren R. Koch in Gruchot, Beitr. IX S. 191 ff.), N. E. § 803] und der Natur des mündlichen Verfahrens sowie dem Charakter des Rechtsmittels als eines novum judicium entsprechend, ist der Devolutiveffekt in sehr weitem Umfange eingeführt und insbesondere auch auf die Streitpunkte ausgedehnt, über welche in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden ist (vgl. § 272 Anm. 1, 2; Leonhardt, Berufung S. 96 ff.).

Ebenso wie es dem Gericht erster Instanz nicht gestattet ist, einzelne Punkte vorweg mit Vorbehalt der Rechtsmittel (Präjudizial-Urtheil — P. E. § 351) zu entscheiden und den Streit im übrigen unerledigt zu lassen (§ 275 Anm. 4), hat das Berufungsgericht weder die Verpflichtung (Braunschw. PO. § 132) noch die Befugniß (Oldenb. PO. Art. 263), neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel oder gar alle Streitpunkte, welche in erster Instanz nicht zur Entscheidung gelangt sind, an das Gericht erster Instanz zur Verhandlung und Entscheidung

zurückzuverweisen. Es hat vielmehr den Rechtsstreit durch Endurtheil zu erledigen, ohne daß die Parteien sich über den Verlust einer Instanz beklagen können. Durch diesen Grundsatz sind die gemeinrechtlich (vgl. z. B. Renaud S. 555 ff., Gruchot, Beitr. X S. 533 ff.) wie in Preußen über diesen Punkt bestehenden Kontroversen (vgl. R. Koch in Preuß. Anwalts-Ztg. 1864 S. 185 ff., in Gruchot, Beitr. VIII S. 153 ff., 489 ff., IX S. 201 ff., 513 ff. u. in Hinschius, Zeitschr. f. Gesetzgebg. I S. 387 ff.) beseitigt. (S. auch Endemann II S. 429, Gaupp II S. 522, 523, Hellmann, Lehrb. S. 692.) Auch über die Höhe einer in erster Instanz aberkannten Forderung hat das Berufungsgericht zu entscheiden (vgl. §§ 276 Anm. 1, 500 Anm. 4). Desgleichen gilt die Regel des § 499, wenn in Folge unrichtiger Anwendung des § 137 über weiteres Streitmaterial in erster Instanz nicht verhandelt worden ist (vgl. Brückner in Busch, Zeitschr. V S. 417), oder wenn über einen eventuellen, von dem ersten Richter wegen des prinzipalen (vom zweiten Richter zurückgewiesenen) Antrags in erster Instanz nicht in Betracht gezogenen Antrag in zweiter Instanz zu entscheiden ist (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 421). Die einzige Ausnahme von der Regel des § 499 enthalten die §§ 500, 501. Ein Verstoß gegen die Regel des § 499 begründet die Revision. (Vgl. RG. V S. 376, 411, VI S. 423, 427, VII S. 421 [vereinigte Civilsenate], X S. 432, in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1175 u. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 392.) Auch die Parteien dürfen nicht etwa einzelne Rechtsbehelfe vorbehalten (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 155.)

2) Den Gegensatz von „Streitpunkten", welche dem Obigen nach, soweit sie in Gemäßheit der Anträge (§ 498) überhaupt zur Verhandlung in der Berufungsinstanz gelangen, ausnahmslos der Entscheidung des zweiten Richters unterliegen, bilden, wie in § 491, die „Ansprüche" (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2). Diese werden von dem Rechtsmittel nur insoweit ergriffen, als sie „zuerkannt oder aberkannt" sind, wogegen fallen gelassene Ansprüche in zweiter Instanz nicht wieder aufgenommen werden können. (So auch ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 73.) Bei Theilurtheilen unterliegt daher nur derjenige Theil, in Bezug auf welchen die Endentscheidung erfolgt ist, der Berufung (§ 472). Ist aus Versehen des ersten Richters über einen (quantitativen) Theil des Streitgegenstandes eine Entscheidung nicht ergangen, so muß die benachtheiligte Partei dieserhalb beim Gerichte erster Instanz im Wege eines Ergänzungsantrags (§ 292) Abhülfe suchen. (Vgl. § 292 Anm. 5. Ebenso RG. XI S. 409, auch X S. 348. Anders: Württ. PO. Art. 380, H. E. § 269; vgl. auch Nordd. Prot. S. 601, 602.)

3) — „erforderlich" — Ueber Punkte, auf deren Entscheidung es nach Lage der Sache nicht ankommt, braucht das Berufungsgericht so wenig zu entscheiden, wie das Gericht erster Instanz dazu verpflichtet war (vgl. § 272 Anm. 1).

Wegen der dem Endurtheile vorausgegangenen Entscheidungen vgl. § 473 Anm. 1 u. 2.

4) Das von ihm selbst erlassene bedingte Endurtheil (§§ 425—427, 439 Abs. 3) muß das Berufungsgericht erledigen; die Erledigung gehört in diesem Falle zur endlichen Entscheidung der zu seiner Würdigung erwachsenen Streitpunkte. Dieser Satz unterliegt nicht der Verfügung der Parteien, sondern ist öffentlich-rechtlicher Natur (RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 2 S. 5). Bei der Frage, ob ein bedingtes Urtheil als „vom Berufungsgericht erlassen" anzusehen sei, ist weder die Nichtübereinstimmung der Eide noch die der daran geknüpften Folgen entscheidend; vielmehr kommt es darauf an, ob derjenige Theil des Rechtsstreits, welcher nach Lage der rechtskräftigen Entscheidung vom Eide abhängt, eine Abänderung erfahren hat (Jastrow in Busch, Zeitschr. IX S. 385 ff.).

Das in erster Instanz erlassene bedingte Endurtheil kann das Berufungsgericht nach Zurückweisung der Berufung erledigen, obwohl strenggenommen mit der Zurückweisung der gegen das bedingte Endurtheil gerichteten Berufung die Thätigkeit des Berufungsgerichts ihre Endschaft erreicht haben würde. Der Grund der von dem preuß. Rechte [Verordn. v. 28. März 1840 § 6 (GS. S. 102)] und vom R. E. § 804 abweichenden Bestimmung ist Ersparung von Weitläufigkeiten und Kosten, welche für die Parteien in manchen Fällen mit der Zurückweisung in

§ 500. Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

1. wenn durch das angefochtene Urtheil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
2. wenn durch das angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist;
3. wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist;
4. wenn das angefochtene Urtheil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
5. wenn das angefochtene Urtheil ein Versäumnißurtheil ist.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämmtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen.

N. Entw. §§ 804, 805. Entw. I. § 456. Entw. II. § 473. Entw. III. § 479. Mot. S. 310, 311 Prot. S. 243.

---

die erste Instanz, insbesondere durch die Nothwendigkeit, andere Prozeßbevollmächtigte anzunehmen, verbunden sein würde. Sind übrigens in dem nachfolgenden Läuterungs- (Purifikations-) Verfahren noch Schwierigkeiten und Differenzen, z. B. über die Bedeutung des Eides, die Folgen der Eidesleistung, die vorbehaltene Entscheidung u. dergl. zu besorgen, so wird es angemessener sein, die Erledigung dem Gerichte erster Instanz zu überlassen. (Vgl. auch v. Kries a. a. O. S. 192 ff., Jastrow in Gruchot Beitr. XXVII S. 780.) Letzteres muß geschehen, wenn die Berufung als unzulässig verworfen wird (vgl. § 497 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 5 a. E., v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 268. A. M. Puchelt II S. 342). Eine ausdrückliche Zurückverweisung in die erste Instanz ist in den Fällen des letzten Satzes des § 499 nicht erforderlich; vielmehr hat, wenn das Berufungsgericht nicht erklärt hat, von der Befugniß Gebrauch machen zu wollen, das Gericht erster Instanz nach der allgemeinen Regel die Erledigung vorzunehmen (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 71, Seuffert Anm. 4 u. a. a. O. S. 42 u. A.).

Ein bedingtes Endurtheil über die Berufung als solche (nicht in der Sache selbst) darf von dem Berufungsgericht nicht erlassen werden (RG. IV S. 421, XII S. 358, Hellmann, Lehrb. S. 698, Seuffert Anm. 4. A. M. Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVI S. 803 ff., XXVIII S. 720 ff., welcher inkonsequenter Weise unterscheidet, je nachdem das angefochtene Urtheil ein unbedingtes oder ein gleichfalls durch Eid bedingtes ist, und welcher nur in dem letzteren Falle jenen Satz gelten läßt, auch mit Unrecht sich auf die Analogie des Einspruchsverfahrens bezieht (vgl. § 308 Anm. 2), da der Einspruch ein rein formeller Rechtsbehelf ist).

5) Daß die Durchführung einer von dem Berufungsgerichte angeordneten Beweisaufnahme zu den Obliegenheiten desselben gehört (Hann. PO. § 423, N. E. § 801), ist nach dem System der CPO., nach welchem das Beweisverfahren keinen festbegrenzten Abschnitt innerhalb des Hauptverfahrens bildet, selbstverständlich. (Uebereinstimmend Endemann II S. 481, Gaupp II S. 523, Sarwey I S. 686 u. A.)

Wegen der Gebühren für eine Beweisanordnung oder Beweisaufnahme vgl. GKG. § 49 Abs. 2, GO. f. RA. § 25.

6) Das vom Revisionsgericht erlassene bedingte Endurtheil ist vom Gericht erster Instanz zu erledigen (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1117).

§ 500.

1) Der § 500 enthält neben § 501, welcher aber dem Berufungsgerichte nur eine Befugniß ertheilt („kann"), die Ausnahmen von der in § 499 als Regel aufgestellten vollständigen Devolution des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. In den hier aufgeführten fünf Fällen muß die Sache, insofern eine weitere Verhandlung noch erforderlich ist, d. h. „insofern nicht schon die zweitinstanzliche Entscheidung die Sache beendigt" (s. RG. XII S. 377) an

das Gericht erster Instanz zurückverwiesen werden, gleichviel ob das letztere in der Sache selbst verhandelt (aber nicht erkannt) hat (RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 2 S. 45 u. in Blum, Urth. u. Anm. II S. 282). Ist eine weitere Verhandlung der Sache nicht erforderlich (z. B. wenn das Berufungsgericht das Urtheil des Gerichts erster Instanz wegen dessen Unzuständigkeit aufhebt), so muß es andrerseits selbst — nach der Regel des § 499 — das Endurtheil in der Sache erlassen. § 500 sowohl wie § 501 beziehen sich übrigens nur auf formell zulässige Berufungen, da bei formell unzulässigen der Rechtsstreit, wenn er nicht erledigt ist, nach § 497 von selbst in die erste Instanz zurückkehrt (Seuffert Anm. 2a u. a. a. O. S. 45 ff).

Die Zurückverweisung erfolgt durch Endurtheil im Sinne des § 507, weil die Berufungsinstanz dadurch für erledigt erklärt wird (RG. V S. 375, VI S. 356, 423, VII S. 426, in Seuffert, Arch. 40 Nr. 257 und in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 157, Brettner in Böbiker, Mag. V S. 300 ff. A. M. frühere Aufl., Seuffert Anm. 2c u. a. a. O. S. 1 ff., wo S. 2 Anm. 2 genaue Angabe der Literatur sich findet, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp II S. 525, 529, Petersen §§ 500 Nr. 1, 501 Nr. 2 a. E., Hellmann II S. 418, 423, Barazetti a. a. O. S. 170, Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 301 Anm. 151 u. A., welche die Entscheidung für ein Zwischenurtheil halten, das nur in den Fällen der Nr. 2, 3, 4 (§§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 562 Abs. 3) mittels selbstständiger Revision anfechtbar sei, in den übrigen Fällen nur mittels Revision gegen ein demnächstiges Endurtheil des Berufungsgerichts angefochten werden könne; vgl. auch RG. XII S. 373).

Das erstinstanzliche Gericht ist selbstverständlich an das Urtheil des Berufungsgerichts gebunden (ausdrücklich gesagt, wie in § 528 Abs. 2, ist es nicht). (So auch Seuffert Anm. 2d u. a. a. O. S. 2 ff., 54 ff., dessen Gründen aber nicht überall beigetreten werden kann [vgl. § 528 Anm. 3], Petersen § 500 Nr. 1, Wilm.-Levy Anm. 3, Hellmann II S. 418, Gaupp II S. 525, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 256 u. A.). Im Uebrigen ist die Verhandlung vor dem ersten Richter völlig frei; der frühere Berufungsbeklagte kann daher bei derselben noch eine früher nicht geltend gemachte Anschlußberufung erheben (vgl. § 528 Anm. 2). Gelangt die Sache vermöge neuer Berufung zum zweiten Male vor das Berufungsgericht, so ist auch dieses an seine frühere Entscheidung gebunden (vgl. § 528 Anm. 3, Seuffert Anm. 3d u. a. a. O. S. 57).

Hinsichtlich der Gebühren bildet bei einer Zurückverweisung in den Fällen der §§ 500, 501 das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor dem unteren Gerichte eine Instanz (GKG. § 31, GO. f. RA. § 26).

2) Nr. 1: vgl. § 306. Vorausgesetzt ist, daß der Einspruch mit Unrecht als unzuläßig verworfen und in Folge des nunmehr auf Antrag der säumigen Partei für zuläßig erklärten Einspruchs der Prozeß in die Lage vor Eintritt der Versäumniß zurückversetzt wird (§ 307). Dahin gehört auch der Fall, wenn das Gericht erster Instanz ein Wiedereinsetzungsgesuch gegen Ablauf der Einspruchsfrist zurückgewiesen hat und das Berufungsgericht das Gesuch für begründet hält (RG. XII S. 373). Wird das angefochtene Urtheil bestätigt, so bedarf es nach der Regel des § 499 einer Zurückverweisung nicht.

3) Nr. 2: vgl. § 248. In dem Falle unter 2 ist — wie in dem Falle unter 1 — über die Sache selbst noch nicht entschieden („nur"). Es ist gleichgültig, ob in erster Instanz zur Hauptsache bereits verhandelt ist (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 45), und ob das Berufungsgericht die die Einrede verwerfende Entscheidung des ersten Richters bestätigt (s. z. B. RG. X S. 318) — in welchem Falle es übrigens nach der Regel des § 499 einer ausdrücklichen Zurückverweisung nicht bedarf — oder die in erster Instanz für begründet erklärte Einrede unter Abänderung des ersten Urtheils verwirft. Auch wenn das Gericht von Amtswegen die Einrede berücksichtigt hat, findet Nr. 2 Anwendung (OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 335, Seuffert Anm. 4d).

Der Abs. 2 enthält wiederum eine Ausnahme von der Ausnahme des § 500 Abs. 1 Nr. 2; alle prozeßhindernden Einreden werden gleichsam als ein Streitpunkt angesehen, welcher sich auf die Pflicht des Beklagten zur Einlassung auf die Hauptsache bezieht. Das Berufungsgericht hat

§ 501. Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

N. Entw. § 806. Entw. I. § 457. Entw. II. § 474. Entw. III. § 480. Mot. S. 311. Prot. S. 243, 244.

---

daher auch über diejenigen zu erkennen, über welche in erster Instanz nicht erkannt ist, insofern solche in zweiter Instanz noch aufrecht erhalten werden, desgleichen über etwa neu vorgebrachte (so auch Wach, Vortr. S. 200, Gaupp II S. 526, v. Kries a. a. O. S. 195, 196 u. A.). — Ist nur eine prozeßhindernde Einrede vorgeschützt, und wird dieselbe in der Berufungsinstanz für begründet erkannt, so darf selbstverständlich keine Zurückverweisung stattfinden (s. Anm. 1).

Betrifft die angefochtene Entscheidung nicht bloß prozeßhindernde Einreden, sondern auch die Sache selbst, oder ausschließlich Einreden, welche nicht prozeßhindernde sind (z. B. eine Verspätungseinrede auf Grund einer Polizebedingung — vgl. RG. V S. 376 u. im RAnz. 1883 b. Beil. 2 S. 4), so ist der ganze Rechtsstreit in die Berufungsinstanz devolvirt (vgl. Wach, Vortr. S. 200, Endemann II S. 417, 418).

4) Nr. 3: vgl. § 276. Der Fall liegt nur vor, wenn das angefochtene Urtheil vorab entschieden hat und durch diese Entscheidung der Anspruch für begründet erklärt ist (Wach, Vortr. S. 198, 200, Petersen § 500 Nr. 4 a. E., RG. V S. 376, X S. 432, in Seuffert, Arch. 37 Nr. 268 u. im RAnz. 1886 b. Beil. 3 S. 143 ff.; vgl. § 276 Anm. 1. A. M.: RG. XIV S. 355, Seuffert Anm. 5d, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. VI S. 178 ff.). Ist nach Ansicht des Berufungsgerichts der Anspruch unbegründet, kann selbstverständlich von Zurückverweisung nicht die Rede sein.

5) Nr. 4: vgl. §§ 562, 563. Wenn umgekehrt erst in der Berufungsinstanz dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten ist, so ist die Zurückverweisung in die erste Instanz nach der Regel des § 499 (vgl. auch § 563 Abs. 1) nicht statthaft. [So auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 507, Seuffert Anm. 6 und a. a. O. S. 45, Gaupp II S. 527, Wilm. Levy Anm. 7, v. Kries a. a. O. S. 196, 197, welcher die Bestimmung jedoch mit Recht vom legislativen Standpunkte aus als inkonsequent tadelt, u. A. A. M.: Sarwey I S. 681 u. Brettner in Böhiker, Mag. V S. 298 ff., weil sonst das ordentliche Verfahren nicht offen bleibe. Dieser Ansicht liegt jedoch eine Verwechselung zwischen dem Offenbleiben des ordentlichen Verfahrens (im Gegensatz zum Urkundenprozesse) und dem Rechte auf doppelten Instanzenzug für jeden Streitpunkt (im Gegensatz zum Devolutiveffekt) zu Grunde.]

6) Nr. 5: Es kommt nur der Fall des § 474 Abs. 2 in Betracht (s. das. Anm. 3). In dem Falle, wenn die Klage nach § 296 Abs. 2 abgewiesen ist, vom Berufungsgerichte aber für schlüssig angesehen wird (vgl. § 474 Anm. 2), handelt es sich nicht um die Anfechtung eines Versäumnißurtheils, und die Thätigkeit des Berufungsgerichts richtet sich mithin nach § 499, wobei dem Beklagten seine Versäumniß in erster Instanz nach § 493 nicht entgegensteht. [Vgl. Siebenhaar S. 482, Seuffert Anm. 7, Hellmann II S. 420 Z. 7, Wilm. Levy Anm. 8, Petersen § 500 Nr. 6 u. A. A. M. Wach a. a. O. S. 201 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 710 Anm. 12. Derselbe will bei Versäumung des Einspruchs nova nur zulassen, insoweit sie nicht mit den Feststellungen des Versäumnißurtheils in Widerspruch stehen, indem er mit Unrecht davon ausgeht, daß in diesem Falle eine Versäumnißfolge gegen den Beklagten realisirt werde, wiewohl die Versäumnißfolge, welche allerdings nach § 296 Abs. 1 nur in dem fingirten Zugeständnisse der Klagethatsachen besteht, wegen der Abweisung der Klage dem Urtheil gar nicht zu Grunde liegt und deshalb auch nicht in demselben ausgesprochen zu werden braucht. Wach's Ansicht wird jedoch von Gaupp II S. 527 getheilt.]

§ 501.

1) Der § 501 betrifft nur Fälle, in welchen ein Mangel des Verfahrens — im Gegensatz

zu Mängeln des Urtheils in materieller Beziehung (nicht in formeller, wie z. B. bei Mängeln des Thatbestandes) — vorliegt (RG. IX S. 323).

— „wesentlichen Mangel“ — Eine allgemeine Definition wird in der CPO. ebensowenig gegeben wie eine Spezialisirung (vgl. z. B. Hann. PO. §§ 424, 431, H. E. §§ 596, 623) erfolgt ist; es entscheidet mithin das Ermessen des Gerichts, ob im einzelnen Falle ein Mangel als ein wesentlicher anzusehen ist (ebenso P. E. § 641, N. E. § 806). Als Anhaltspunkte dienen die in § 513 aufgeführten Fälle — z. B. wenn das Berufungsgericht von Amtswegen Unzuständigkeit des ersten Gerichts annimmt (OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII 335; vgl. § 513 Nr. 4) — welche, weil sie unbedingt als Revisionsgründe bezeichnet sind, auch als wesentliche Mängel im Sinne des § 501 aufzufassen sein werden; außerdem können aber auch noch andere Mängel als wesentliche angesehen werden. Mängel, die in Gemäßheit der §§ 267, 492 geheilt sind, kommen nicht in Betracht; dagegen können heilbare Mängel, falls sie nicht geheilt sind (s. z. B. § 513 Nr. 5), unter Umständen als wesentliche angesehen werden. (Ebenso Wilm.-Levy Anm. 1, Wach, Vortr. S. 197, Gaupp II S. 528, Seuffert Anm. 2 u. a. a. O. S. 51, Hellmann, Lehrb. S. 699 u. A. A. M. Siebenhaar S. 500.) Ueber Zurückverweisung bei mangelhaftem Thatbestand und bei Unvollständigkeit der erstinstanzlichen Verhandlung s. Brückner in Busch, Zeitschr. V S. 409 ff., OLG. Dresden das. VI S. 507, Wengler: D. Thatbestand S. 163, RG. IV S. 431.

2) — „kann“ — Das Ermessen des Berufungsgerichts entscheidet auch darüber, ob beim Vorhandensein eines wesentlichen Mangels die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen oder beim Berufungsgerichte weiter verhandelt und entschieden werden soll. Eben deshalb kann ein solcher Mangel des Verfahrens erster Instanz nicht mit Umgehung des Berufungsgerichts noch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden (RG. VI S. 194). Die Zurückverweisung einer spruchreifen Sache ist zwar formell zulässig, jedoch unverständig (Seuffert a. a. O. S. 51).

Daß der Mangel von einer der Parteien als Aufhebungsgrund geltend gemacht worden sei, wird nicht vorausgesetzt; innerhalb der durch die Berufungsanträge gesteckten Grenzen (§ 498) kann, wie auch die Mot. hervorheben, das Berufungsgericht wesentliche Mängel auch von Amtswegen konstatiren und berücksichtigen (Nordd. Prot. S. 1529, 1532; s. auch RG. II S. 404 u. dagegen Bähr, Urth. S. 230 a. E., 235 ff.; ferner OLG. Celle in Bödiker, Mag. I S. 169 u. Wengler a. a. O. S. 32 ff.). [Die noch weiter gehende Ansicht von Wach, Vortr. S. 197, daß die Berufungsanträge nicht als absolute Schranke der Offizialrüge gelten können, widerspricht der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (nicht blos die Mot. des letzten Entwurfes, sondern auch die Nordd. Prozeß-Kommission gingen, wie die Nordd. Prot. a. a. O. ergeben, von der entgegengesetzten Auffassung aus; vgl. auch P. E. § 641) und dem Wortlaut des § 498. Es ist nicht undenkbar, daß ungeachtet einer gänzlichen Nichtigkeit des Verfahrens doch das Urtheil soweit bestehen bleibt, als es nicht angefochten ist. (Vgl. § 498 Anm. 1, Gaupp II S. 529, Sarwey I S. 682 Anm. 2, v. Kries a. a. O. S. 198 ff., Petersen § 502 Nr. 2.)]

Das Berufungsgericht ist befugt, von dem Berufungskläger, welcher seine Beschwerde lediglich auf einen wesentlichen Mangel des Verfahrens stützt, zu verlangen, daß er auch über die Sache selbst verhandle, damit es gegebenen Falls in der Lage sei, sofort in der Sache selbst zu entscheiden (Nordd. Prot. S. 1532, Petersen § 501 Nr. 1 a. E. u. A. A. M. v. Kries a. a. O. S. 202, welcher nicht berücksichtigt, daß der Berufungskläger auch mit Unrecht einen wesentlichen Mangel des Verfahrens rügen kann).

Die Zurückweisung erfolgt auch hier durch Endurtheil (vgl. § 500 Anm. 1. A. M. auch hier Seuffert Anm. 5 u. a. a. O. S. 52).

3) — „unter Aufhebung des Urtheils“ — Die Aufhebung darf nicht über die Berufungsanträge hinaus erfolgen. Vgl. Anm. 2.

4) — „des Verfahrens, soweit — betroffen wird“ — Bei dem die CPO. beherrschenden Grundsatze der Ungetrenntheit des Hauptverfahrens betrifft ein Mangel, welcher

§ 502. Werden nach Vorschrift des §. 252 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des §. 292 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III. § 481. Mot. S. 311, 312. Prot. S. 244, 245.

---

sich auch nur auf einen einzelnen Punkt bezieht (z. B. ein Fehler in der Zusammensetzung des Gerichts, welcher nur bei einem weniger wichtigen Theile der mündlichen Verhandlung stattgefunden hatte), in der Regel das ganze Verfahren erster Instanz. Indessen findet von dieser Regel, wie auch der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. erklärt hat, alsdann eine Ausnahme statt, wenn innerhalb einer größeren Verhandlung ein Zwischenurtheil erlassen ist; ein nach Erlassung des Zwischenurtheils entstandener Mangel berührt alsdann das Verfahren (z. B. die Beweisaufnahme) vor dem Zwischenurtheil nicht. (Vgl. auch Wach a. a. O. S. 198, Gaupp II S. 529, v. Kries a. a. O. S. 336 ff.; weniger streng Seuffert Anm. 4.)

Insoweit das Verfahren aufgehoben wird, sind alle in demselben erfolgten Handlungen und Erklärungen nichtig, auch gerichtliche Geständnisse, und die Verhandlung beginnt von neuem (Petersen § 502 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp II S. 530. A. M. in letzterer Hinsicht: Puchelt II S. 344, Seuffert Anm. 4). Eine Klagänderung ist daher unter denselben Voraussetzungen wie in erster Instanz möglich. (A. M. Seuffert § 500 Anm. 2d und a. a. O. S. 57, welcher sie in Konsequenz seines Grundsatzes, daß die Verhandlung in Folge der Zurückverweisung Fortsetzung der Berufungsverhandlung sei, hier ausgeschlossen erachtet.) Die für die Berufungsinstanz gegebenen §§ 490—492 finden keine Anwendung (A. M. wiederum Seuffert a. a. O. S. 58, 59). Quantitative Feststellungen des früheren erstinstanzlichen Urtheils können zwar in dem neuen Verfahren vermöge des Grundsatzes des § 498 nicht mehr geändert werden, wohl aber sind Anschlußanträge des Berufungsbeklagten auch bezüglich des nicht aufgehobenen Theils in diesem Verfahren noch möglich (vgl. § 528 Anm. 2. A. M. Seuffert a. a. O. S. 60).

5) Wegen der Kosten vgl. §§ 92 Anm. 1, 528 Anm. 8. S. auch § 500 Anm. 1 a. E.

§§ 502, 503.

1) Im Interesse des materiellen Rechts ist (abweichend von dem französischen Prozesse) die Befugniß des § 252 zur gänzlichen Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln für die Berufungsinstanz in eine Befugniß verwandelt, dieselben zur gesonderten Verhandlung zu verweisen.

Die Mot. (S. 27, 28) äußern über die betreffenden, vom Bundesrathe dem Entw. II hinzugefügten Bestimmungen:

> „Würde in dieser (der Berufungsinstanz) die Vorschrift des § 252 unbeschränkt zur Anwendung gebracht werden, so würde die Folge sein, daß der Beklagte mit dem zurückgewiesenen Vorbringen definitiv ausgeschlossen wäre, eine Folge, welche vielfach eine materielle Benachtheiligung des Beklagten nach sich ziehen und deshalb die energische Ausübung der in § 252 den Gerichten eingeräumten Befugniß in zweiter Instanz lähmen könnte. Vermieden wird ein solches Ergebniß, wenn in Anlehnung an die Vorschriften über den Urkundenprozeß (§§ 562, 563), dem Beklagten die Geltendmachung des zurückgewiesenen Vertheidigungsmittels vorbehalten wird. Die Besorgniß, daß die der gemeinrechtlichen Verweisung ad separatum nachgebildete Institution zu einer Verweitläufigung und unleidlichen Zersplitterung der Prozesse führen könne, erscheint unbegründet, wenn man erwägt, daß das Urtheil, welches in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurtheil aufzufassen ist, dadurch aber für den Beklagten das wirksamste Motiv geschaffen wird, rechtzeitig mit seinen Vertheidigungsmitteln hervorzutreten. Und ebensowenig ist zu befürchten, daß der Prozeß verewigt werde. Der Prozeß bleibt in der

§ 503. In Betreff der Vertheidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig.

Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 482. Mot. S. 27, 28, 311, 312. Prot. S. 244, 245.

Berufungsinstanz anhängig und beschränkt sich auf die Verhandlung und Entscheidung der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel."

Vgl. auch G. Planck in Preuß. Jahrb. Bd. 31 (1873) S. 174.

2) „Vertheidigungsmittel" — d. h. gegen die Klage oder Widerklage im Sinne des § 252.

„Auch für die Berufungsinstanz ist lediglich die Rolle der Parteien in erster Instanz maßgebend; auch in dieser Instanz trifft die Bestimmung des § 252 nur den Beklagten oder Widerbeklagten, so daß es gleichgültig ist, ob er in der Berufungsinstanz als Berufungskläger oder als Berufungsbeklagter auftritt" (Mot. S. 311).

Auf den Begriff des nachträglich Vorgebrachten findet das zu § 252 Anm. 3 Gesagte Anwendung; indessen ist selbstverständlich der Zeitpunkt des Vorbringens in der Berufungsinstanz entscheidend.

Ein Vorbehalt von Beweismitteln in den Fällen der §§ 339, 398 ist der CPO. fremd; diese Paragraphen finden vielmehr der Regel des § 485 gemäß in der Berufungsinstanz unverändert Anwendung. (Vgl. auch Siebenhaar S. 500, Gaupp II S. 531.)

3) — „ist — vorzubehalten" — Der Vorbehalt muß in dem Urtheil, und zwar in der Urtheilsformel, ausgesprochen werden; einen stillschweigenden Vorbehalt kraft Gesetzes kennt die CPO. nicht. Fehlt der Vorbehalt, so kann, wenn der in § 502 Abs. 2 bezeichnete Weg nicht zum Ziele führt (s. § 292 Anm. 5 a. E.), deswegen noch Abhülfe im Wege der Revision gesucht werden; vgl. § 562 Anm. 2. [Für unbeschränktes Wahlrecht zwischen beiden Rechtsbehelfen: Petersen §§ 502, 503 I 3, Gaupp II S. 531, Wilm. Levy Anm. 5, Brettner in Böbiker, Mag. V S. 298. Vgl. dagegen Seuffert Anm. 2, Hellmann II S. 424, 425, Endemann II S. 416, Kleiner II S. 556, Sarwey I S. 683 Anm. 2.]

4) Die Vorschriften im Einzelnen sind den Bestimmungen der §§ 562, 563 nachgebildet. Nur folgende Abweichungen finden statt:

a) Das weitere Verfahren beschränkt sich auf die vorbehaltenen Vertheidigungsmittel (statt auf die Ausführung der Rechte des Beklagten überhaupt). Selbstverständlich ist übrigens, daß sich der Kläger zur Abwehr neuer Vertheidigungsmittel bedienen kann, und daß, wenn er von dieser Befugniß Gebrauch macht, der Beklagte nicht gehindert ist, zur Elidirung der klägerischen Vertheidigungsmittel auch neue, nicht vorbehaltene Vertheidigungsmittel vorzubringen. Vgl. Mot. S. 311.

b) In Betreff der Kosten ist nicht, wie in § 563 Abs. 2, die Verpflichtung des schließlich mit seinem Anspruche abgewiesenen Klägers zur vollen oder theilweisen Erstattung der Kosten ausgesprochen, sondern nur bestimmt, daß über die Kosten anderweit zu entscheiden sei. Für diese Entscheidung sind die allgemeinen Vorschriften des § 92 Abs. 2 und die speziellen des § 251 Abs. 2 maßgebend. Auch die speziellen Kosten der Erledigung des Vorbehalts sind, wie in der RTK. ausdrücklich erklärt ist, von dem Ausfall der Hauptsache abhängig.

c) Der § 563 Abs. 3 hat keine Aufnahme gefunden; im Falle einer Versäumniß bei Verhandlung der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel finden die allgemeinen Bestimmungen des § 504 über das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz Anwendung.

(Vgl. Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 344 ff. u. H. Meyer das. IX S. 359.) Das den

§ 504. Die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe.

N. Entw. §§ 807, 810. Entw. I. § 458. Entw. II. § 475. Entw. III. § 483. Mot. S. 312, 313. Prot. S. 245—247.

Vorbehalt erledigende Urtheil des Berufungsgerichts hat sich auf die Prüfung des neuen Beweises des vorbehaltenen Vertheidigungsmittels zu beschränken (RG. X S. 406).

— „in Betreff der Rechtsmittel — — als Endentscheidung anzusehen" — vgl. §§ 248 Anm. 2, 276 Anm. 1, 562 Anm. 4. Das Rechtsmittel kann nur die Revision sein.

5) Daß der Rechtsstreit in Betreff der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz anhängig bleibt, ist eine Folge davon, daß auch im Falle eines rechtzeitigen Vorbringens die Verhandlung über diese Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz stattgefunden haben würde. Behufs Fortsetzung der Verhandlung hat eine der Parteien nach § 193 die Anberaumung eines Termins zu beantragen. Vgl. § 249 Anm. 2. Dabei gilt auch § 194.

— „zur Erstattung — — Geleisteten" — vgl. §§ 563 Anm. 5, 655 Anm. 4.

6) Nach § 564 finden die Vorschriften der §§ 502, 503 im Urkundenprozesse keine Anwendung, und nach § 583 fällt im Verfahren in Ehesachen für die Berufungsinstanz die Anwendbarkeit des § 252, mithin auch die der §§ 502, 503 hinweg.

§ 504.

1) Abs. 1: vgl. §§ 295—310. Aus der entsprechenden Anwendung folgt namentlich, daß, bei Versäumung der mündlichen Verhandlung durch den Berufungskläger auf Antrag des Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil auf Zurückweisung der Berufung, wie in erster Instanz auf Zurückweisung der Klage (§ 295), ergeht. Gesetzgebungen, welche für die erste Instanz beim Ungehorsam des Klägers diesen Rechtsnachtheil nicht kennen, mußten denselben für die zweite Instanz besonders hervorheben (Hann. PO. § 428, Bayer. PO. Art. 724, Württ. PO. Art. 728, P. E. § 644, H. E. § 598, N. E. § 807). [Dieser in den Mot. ausgesprochenen und von sämmtlichen Kommentatoren (s. auch Hellmann, Lehrb. S. 711) getheilten Ansicht gegenüber verficht v. Kries a. a. O. S. 203 die Meinung, die entsprechende Anwendung bedeute, daß nach § 295 Ausbleiben des Klägers, wenn dieser zugleich der Berufungskläger sei, Verlust des Anspruchs bewirke. Hierbei ist aber unbeachtet gelassen, daß zwischen der ersten und zweiten Instanz das Urtheil liegt, welches zwischen den Parteien Rechte begründet (s. Anm. 3), und daß nur bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, die Verhandlung ein Ganzes bildet, welches durch das Versäumnißurtheil getroffen wird (vgl. §§ 297 Anm. 1—3, 488 Anm. 1). Auch steht die Ansicht von Kries mit dem dem Abs. 2 zu Grunde liegenden — für den Fall, daß der Kläger Berufungsbeklagter ist, auch nach Kries zur Anwendung kommenden — Prinzip in schroffem Widerspruch (vgl. Anm. 3 u. 4). Aus denselben Gründen ist die weitere Meinung von Kries zu verwerfen, daß, wenn der Beklagte, welcher die Berufung erhoben hat, ausbleibt, nach § 296 Zugeständniß aller Klagethatsachen die Folge sei. (Vgl. auch Wach, Vortr. S. 205 ff.)]

Es ergiebt sich ferner aus Abs. 1 von selbst, daß die in der Berufungsinstanz (gleichviel ob gegen den Berufungskläger oder den Berufungsbeklagten) ergehenden Versäumnißurtheile gleich denen in der ersten Instanz dem Einspruche unterliegen.

2) Die Anwendung des Präjudizes ist von vorgängiger Mittheilung durch vorbereitenden Schriftsatz abhängig. Indessen erleidet, wie auch die Mot. hervorheben, der § 300 Nr. 3

in der Berufungsinstanz insofern eine Modifikation, als es nur der Mittheilung der neu vorzubringenden Thatsachen und Beweismittel bedarf, weil die bereits in erster Instanz gemachten Anführungen dem Gegner bekannt sind und aus dem Thatbestande des angefochtenen Urtheils hervorgehen.

Eine zuvorige Prüfung von Amtswegen (§ 497), ob die Berufung an sich zulässig, insbesondere die Einlegung innerhalb der Nothfrist erfolgt sei, und eine Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Versäumnißurtheils, falls der Berufungsbeklagte den erforderlichen Nachweis nicht erbringen kann (§ 300 Nr. 1), findet hier nicht statt. Denn dem Berufungsbeklagten kann nicht der Nachweis der die Zulässigkeit der Berufung begründenden Thatsachen zugemuthet werden; auch paßt die Analogie der Klage (vgl. § 295 Anm. 3) hier insofern nicht, als die Erlassung eines Versäumnißurtheils nach § 295 und die Abweisung einer Klage in angebrachter Maße verschiedene Wirkungen äußern, während die Zurückweisung der Berufung auf Grund des § 504 die gleiche Folge hat wie die Verwerfung auf Grund des § 497, und nur der Rechtsbehelf gegen das betreffende Urtheil ein verschiedener ist (Einspruch bzw. Revision). [So auch Möller in Gruchot, Beitr. XXVI S. 186 ff., Wagemann in Busch, Zeitschr. VI S. 60 ff., H. Meyer, Prot. u. Urth. S. 81 a. E. u. in Busch, Zeitschr. IX S. 352 ff., RG. XII S. 364, OLG. Celle u. Rostock in Seuffert, Arch. 38 Nr. 183, 184. A. M. Mugdan in Gruchot, Beitr. XXVII S. 795 ff., von der unrichtigen Ansicht ausgehend, daß die Zurückweisung der Berufung auf Grund des § 504 eine sachliche Prüfung derselben voraussetze, Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 461 ff. in Konsequenz seiner Ansicht, daß im Offizialverfahren die Regeln über die Beweislast völlig unanwendbar seien (vgl. §§ 323, 324 Anm. 2) u. Seuffert Anm. 1.] Auch daß das Urtheil vor der aus den Gerichtsakten erhellenden Terminsbestimmung zugestellt sei (vgl. § 477 Anm. 4), braucht der Berufungsbeklagte konsequenter Weise nicht darzuthun (A. M. RG. XII S. 365).

3) Abs. 2: Bezüglich der Versäumniß des Berufungsbeklagten genügte eine Verweisung auf die Vorschriften der ersten Instanz nicht, sofern nicht — entgegen dem der Berufung zu Grunde liegenden allgemeinen Gedanken (§ 488) — das zu Gunsten des Berufungsbeklagten ergangene Urtheil erster Instanz völlig ignorirt werden sollte. Die Vorschriften des Abs. 2 gehen davon aus, daß die Grundlage des Verfahrens in der Berufungsinstanz das angefochtene Urtheil bildet.

„Es kann aber das mündliche Vorbringen des Berufungsklägers, dessen vorbereitende Mittheilung immer vorausgesetzt wird, gegen den Berufungsbeklagten, welcher im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, nicht, wie in erster Instanz schlechthin, sondern — wenn der Berufungskläger das Versäumnißurtheil beantragt — nur insoweit als zugestanden gelten, als das in dem angefochtenen Urtheil als dessen Grundlage festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht" (Mot.).

In den Mot. zum Entw. I war hier S. 372 noch die zur Erläuterung dienende Konsequenz hinzugefügt:

„Was darnach bestritten ist, das stellt sich, wenn der Berufungskläger zur Prüfung des Urtheils dessen ganzen Inhalt vorzutragen hat, auch jetzt als bestritten dar."

Nur neue, dem festgestellten Sachverhältniß nicht widersprechende Anführungen des Berufungsklägers gelten (wenn sie rechtzeitig angekündigt sind) also als zugestanden. Für diese bedarf es mithin keiner Beweisaufnahme. (Vgl. auch Wach, Vortr. S. 205 ff.) Obwohl hiernach die Versäumnißfolge des § 296 Abs. 2 durch § 504 Abs. 2 mit Rücksicht auf das in dem angefochtenen Urtheil festgestellte Sachverhältniß modifizirt ist, bleibt doch das gegen den nicht erschienenen Berufungsbeklagten erlassene Urtheil stets ein Versäumnißurtheil. Dies folgt aus § 504 Abs. 1, von welchem Abs. 2 in dieser Hinsicht keine Ausnahme macht. Die hypothetische Fassung „Beantragt — — das Versäumnißurtheil" bedeutet nur, daß es zum Erlaß eines Versäumnißurtheils eines Antrages des Berufungsklägers bedarf, nicht aber, daß nur ein Urtheil, in welchem eines der beiden am Schlusse des Abs. 2 hervorgehobenen Präjudize ausge-

sprochen wird, ein Versäumnißurtheil sei; dieser Auffassung steht schon die auch hierbei eintretende Einschränkung („soweit — — nicht entgegensteht") entgegen. (So auch RG. X S. 403, Urth. in Busch, Zeitschr. IX S. 112, H. Meyer das. S. 356 ff., Seuffert Anm. 2. A. M. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 351.)

Unter „festgestelltes Sachverhältniß" sind nur die thatsächlichen Behauptungen und Erklärungen (zugestehende wie bestreitende) sowie die aufgenommenen Beweise (ihrem thatsächlichen Inhalte nach) zu verstehen, welche regelmäßig der „Thatbestand" des angefochtenen Urtheils enthält (§ 284 Nr. 3), nicht aber die Beweiswürdigung des ersten Richters (anders bei der Revision; vgl. § 524 Anm. 1); der Berufungsrichter hat mithin auch beim Ungehorsam des Berufungsbeklagten eine neue Beweiswürdigung eintreten zu lassen. (Vgl. auch Seuffert a. a. O., Wilm.-Levy Anm. 2 I, Gaupp II S. 536, 537, H. Meyer a. a. O. S. 358.) Selbstverständlich ist auch „das festgestellte Sachverhältniß" nach § 488 von dem Berufungskläger mündlich vorzutragen. (S. auch Bünger in Busch, Zeitschr. IV S. 357, 372. A. M.: Rocholl, Rechtsfälle I S. 506 ff., Wach, Vortr. S. 9, 205 ff.; vgl. § 488 Anm. 1.)

Ein Antrag, den Abs. 2 zu streichen und damit das dem § 296 entsprechende Prinzip zur Geltung zu bringen, daß der ausbleibende Berufungsbeklagte dem Antrage des Berufungsklägers, soweit solcher rechtlich begründet sei, sich unterwerfe, wurde von der RTK. abgelehnt.

4) — „in Ansehung — gehabt habe" — Dieser Satz dehnt das Kontumazialpräjudiz von den thatsächlichen Anführungen des Berufungsklägers auf die von ihm geltend gemachten Beweismittel aus. Er bezieht sich nur auf die in erster Instanz (hinsichtlich der bereits damals angeführten Thatsachen) noch nicht aufgenommenen Beweise, gleichviel ob die Aufnahme daselbst beantragt war oder erst in der Berufungsinstanz beantragt wird (d. h. in der mündlichen Verhandlung, nicht bloß in dem vorbereitenden Schriftsatze — A. M. Wach, Vortr. S. 207, welcher mit Unrecht glaubt, daß der Berufungskläger sonst nicht zur Feststellung seiner dem unterinstanzlichen Sachverhalt entgegenstehenden Behauptungen gelangen könne). Selbstverständlich ist, daß dieselben nur streitige (d. h. in erster Instanz bestrittene) Thatsachen betreffen dürfen. Das gestellte Präjudiz, wonach z. B. angenommen wird, daß ein Zeuge dasjenige wirklich ausgesagt habe, worüber er als Zeuge vorgeschlagen ist, entbindet von der Nothwendigkeit der Beweisaufnahme und entzieht dadurch dem Berufungsbeklagten die Möglichkeit, den Prozeß durch passives Verhalten einer Beweisaufnahme gegenüber, deren Ergebniß er nachträglich durch Erhebung des Einspruchs gegen das sich anschließende Versäumnißurtheil wiederum zu beseitigen beabsichtigt, zu verschleppen. Eine Modifikation des § 332 Abs. 1 ist darin nicht enthalten, da sich Abs. 2 des § 504 nur auf den Termin zur mündlichen Verhandlung, nicht auf lediglich zur Beweisaufnahme bestimmte Termine bezieht. (Zustimmend Gaupp II S. 537, Petersen § 504 Nr. 4 a. E., Wilm. Levy Anm. 2 II, RG. I S. 238 u. A. A. M. Endemann II S. 439.)

Die Beschränkung dieses Präjudizes auf eine zulässigerweise (z. B. nicht gegen die §§ 410, 411; vgl. auch v. Kries a. a. O. S. 209 Anm. 107) beantragte Beweisaufnahme entspricht, wie auch die Mot. hervorheben, der auch bei Erlassung des Versäumnißurtheils eintretenden Pflicht des Richters, die Begründung der gestellten Anträge durch die vorgebrachten Thatsachen zu prüfen. Bei einer zulässigen Eideszuschiebung tritt als Versäumnißfolge Annahme der Eidesweigerung von Seiten des Delaten ein (Seuffert a. a. O., Gaupp II S. 537). — Kommt außer dem neu vorgeschlagenen Beweismaterial noch solches in Betracht, welches bereits in erster Instanz aufgenommen war, so muß der Berufungsrichter seine Beweiswürdigung theils auf Grund einer wirklichen, theils auf Grund einer fingirten Beweisaufnahme eintreten lassen. (Vgl. Komm.-Ber. d. RTK. z. CPO. S. 7, Siebenhaar S. 501 Anm.*).

Das Präjudiz des Zugeständnisses kann nur bei rechtzeitigem Vorbringen des neuen Beweismittels verwirklicht werden. Daß § 300 Nr. 3 nur von thatsächlichem Vorbringen redet, spricht nicht dagegen, da in erster Instanz das Versäumnißprinzip überhaupt nur bezüglich strei-

§ 505. Bei der Darstellung des Thatbestandes im Urtheil ist eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz nicht ausgeschlossen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 544.

---

tiger Thatsachen zur Geltung kommt, nicht, wie in § 504 Abs. 2 a. E., auch rücksichtlich der Beweismittel; das dem § 300 Nr. 3 zu Grunde liegende höhere Prinzip der Vermeidung von Ueberraschungen fordert aber auch bezüglich des letzteren Punkts entsprechende Anwendung dieser Vorschrift. (So auch Seuffert a. a. O., Petersen § 504 Nr. 1 u. 3 a. E. u. A.)

Ein Antrag, als Präjudiz aufzustellen, daß die neu vorgebrachten Thatsachen als zugestanden und die neu vorgebrachten Beweismittel als zugelassen anzusehen seien (vgl. auch H. E. §§ 598, 599, N. E. § 808), wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem dagegen geltend gemacht worden war, daß bezüglich der neuen Beweismittel jedes durchgreifende Präjudiz fehle und die darnach erforderliche Beweisaufnahme zu unnöthigen Weiterungen führe.

Wie aus den Worten „im Termine zur mündlichen Verhandlung" (sc. der Berufung), den Mot. und der Natur der Sache sich ergiebt, bezieht sich der Abs. 2 nur auf die Verhandlung über die Berufung, d. h. auf das Verfahren bis zum Erlaß eines — bedingten oder unbedingten — Endurtheils über die Berufungsanträge, nicht auf die diesem Urtheil noch etwa folgende Verhandlung, insbesondere über Erledigung des bedingten Endurtheils (vgl. § 425 Anm. 2); in dieser Beziehung treten dieselben Versäumnißfolgen ein, wie bei gleichartigen Urtheilen erster Instanz [vgl. §§ 312 Anm. 1, 427 Anm. 2; s. auch Ohnesorge im civ. Arch. 66 S. 305 ff., welcher übrigens betreffs des Inhalts dieser Versäumnißfolgen abweichender Ansicht ist, Vierhaus in Busch, Zeitschr. VII S. 106 Anm. 34. A. M.: LG. Freiberg das. (welches § 296 anwendet), Just im civ. Arch. 68 S. 110 ff. (welcher hier ein Versäumnißverfahren überhaupt ausschließt), sowie die von ihm S. 117 Zitirten].

5) Auf die Anschlußberufung finden — wie auch die Mot. hervorheben — die Bestimmungen des § 504 über die Berufung entsprechende Anwendung (vgl. Hann. PO. § 428, H. E. § 598, 599). Die Versäumniß des Berufungsbeklagten hat daher die Zurückweisung der Anschlußberufung, die Versäumniß des Berufungsklägers das Verfahren des Abs. 2 in Bezug auf die Anschlußberufung zur Folge. [Vgl. auch § 483 Anm. 2; Petersen § 504 Nr. 5. A. M.: Kleinschmidt in Busch, Zeitschr. V S. 456 ff. und das das. mitgetheilte Urth. d. OLG. z. Hamburg, wo mit Unrecht angenommen wird, daß einer zwar eingelegten, aber in der mündlichen Verhandlung nicht verfolgten Berufung gegenüber eine Anschließung nicht möglich sei, ferner Seuffert Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp II S. 535. S. aber dagegen Hellmann, Lehrb. S. 684 u. RG. VIII S. 380, XII S. 434 (wo namentlich hervorgehoben wird, daß die Anschließung nicht ein nach Analogie der Berufung einzulegendes Rechtsmittel sei, und daß die Anträge an das Gericht gerichtet werden), sowie H. Meyer a. a. O. S. 355. Gegen RG. wiederum Fenner in Busch, Zeitschr. VII S. 67 ff., dessen Einwand, die Anschließung müsse nach allgemeinen Grundsätzen dem Gegner gegenüber erklärt werden, schon deßhalb nicht zutrifft, weil die natürliche Folge davon, daß die Anschließung mündlich erfolgen kann (vgl. § 482 Anm. 1), die ist, daß der Gegner der Gelegenheit, die Erklärung der Anschließung entgegen zu nehmen, sich nicht durch Ausbleiben in dem hierzu bestimmten Termine einseitig entziehen kann. Vgl. auch hinsichtlich der entsprechenden Streitfrage bei der Widerklage § 296 Anm. 6.]

6) Bleiben beide Theile in der mündlichen Verhandlung aus, so ruht das Verfahren (§ 228); dagegen geht eine Beweisaufnahme ungeachtet des Ausbleibens beider Theile vor sich. (So auch Endemann II S. 440.)

§ 505.

1) „Bei der Darstellung des Thatbestandes" — vgl. § 284 Nr. 3. Die Bestimmung ist bei der zweiten Lesung der RTK. auf Antrag des Abg. v. Puttkamer aufgenommen, um klar zu stellen, daß es nicht erforderlich sei, dasjenige, was bereits in dem Thatbestande des Urtheils erster Instanz enthalten sei, wenn es bei der Verhandlung zweiter Instanz unverändert wiederholt worden, in den Thatbestand des Urtheils zweiter Instanz nochmals ausdrücklich auf-

§ 506. Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts hat innerhalb vierundzwanzig Stunden, nachdem die Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Nach Erledigung der Berufung sind die Akten dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils zurückzusenden.

N. Entw. § 813. Entw. I. § 459. Entw. II. § 476. Entw. III. § 484. Mot. S. 313. Prot. S. 247.

---

zunehmen. Die Bezugnahme ist aber nur statthaft, wenn der erstinstanzliche Thatbestand gehörig angefertigt, also richtig und vollständig ist (s. RG. VI S. 350, im RAnz. 1881 b. Beil. 11 S. 3, in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1165 u. 1175, in Seuffert Arch. 37 Nr. 346 u. in Blum, Urth. u. Ann. III S. 196), und namentlich ist zu vermeiden, daß durch dieselbe ein Widerspruch mit einer selbständigen — vollständigen oder theilweisen — Darstellung des Sach- und Streitstandes hervorgerufen wird. Vgl. § 501 Anm. 1. Aus der Bezugnahme ist zu schließen, daß der erhebliche Theil des erstinstanzlichen Urtheils gemäß § 488 bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz vorgetragen worden ist (RG. II S. 423, IV S. 368, V S. 403; s. noch § 529 Anm. 4 sowie Hellmann, Lehrb. S. 712 ff., Wengler: D. Thatbestand S. 147 ff., bes. 168 Anm. 36, v. Streich in Gruchot, Beitr. XXV S. 254, 255 u. Möller das. XXVI S. 192 ff.). Zur Hebung von Zweifeln empfiehlt sich aber, im Thatbestand ausdrücklich hervorzuheben, daß der Inhalt des erstinstanzlichen Urtheils sowie die in demselben angezogenen Schriftstücke vorgetragen seien (vgl. auch H. Meyer, Prot. u. Urth. S. 74 ff.).

2) Bezugnahmen auf die Entscheidungsgründe des ersten Richters sind ebenfalls nicht ausgeschlossen. Ist der Prozeßstoff in zweiter Instanz genau derselbe wie in der ersten, so genügt statt neuer Gründe selbst eine einfache Bezugnahme auf die Gründe des ersten Urtheils; dagegen ist eine Bezugnahme auf die „im Wesentlichen zutreffenden" Gründe nicht zulässig (RG. III S. 433, IV S. 428; s. auch Bähr, Urth. S. 238 Anm. *). Die, wenngleich sehr knappe Wiedergabe der Gründe des erstinstanzlichen Urtheils bildet einen Theil des Thatbestandes (Wengler a. a. O. S. 171 ff.). Die Urtheilsformel des ersten Richters wird regelmäßig am besten in die Urtheilsformel des zweiten aufzunehmen sein (s. § 662 Abs. 2, Puchelt II S. 350).

§ 506.

1) Abs. 1: Die Vorschrift überhebt die Parteien der Nothwendigkeit, dem Berufungsgerichte zur Begründung bzw. Bekämpfung der Berufung ihrerseits mancherlei Schriftstücke vorzulegen, und trägt dadurch zur Erleichterung der Verhandlung bei. Auch ist nach derselben die Anmeldung der Berufung bei dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz von Seiten des Berufungsklägers (Hann. PO. §§ 413, 414) nicht erforderlich.

— „zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht" — vgl. § 193.

2) Wie der Gerichtsschreiber erster Instanz zu verfahren hat, wenn bei der Berufung gegen Theil- oder Präjudizialurtheile (§§ 248 Abs. 3, 273, 274, 276) die Verhandlung zugleich in erster Instanz fortzusetzen ist und die Gerichtsakten mithin in beiden Instanzen nothwendig sind, ist nach den Mot. reglementarischer Regelung überlassen (vgl. Hann. PO. § 414 Abs. 2). In der RTK. hat der Vertreter der Reichsregierung auf Anfrage erklärt, in dem gedachten Falle müsse sich das Untergericht über die noch streitigen Punkte so gut wie möglich ohne Akten behelfen. Hiernach hat wohl nur ausgedrückt werden sollen, daß die Einsendung der Akten an das Berufungsgericht auch in einem solchen Falle nicht verweigert werden, nicht aber, daß das Gericht erster Instanz nicht Abschriften der für die weitere Verhandlung Interesse habenden Aktenstücke zurückbehalten darf.

3) Abs. 2: Die Kenntniß des Urtheils zweiter Instanz ist für das Gericht bzw. den Gerichtsschreiber erster Instanz in mehrfacher Hinsicht nothwendig (vgl. §§ 34, 98, 646). Auf Grund der beglaubigten Abschrift, für welche übrigens Schreibgebühren zu erheben sind (RG. XI S. 409),

Zweiter Abschnitt.

Revision.

§ 507. Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt.

N. Entw. § 835. Entw. I. § 478. Entw. II. § 497. Entw. III. § 485. Mot. S. 313–316. Prot. S. 247–262, 607–623.

---

kann der Gerichtsschreiber erster Instanz Ausfertigungen usw. ertheilen (§§ 288, 662, Prot. S. 247). — Die Akten der Berufungsinstanz bleiben, sofern landesrechtlich nicht etwas Anderes bestimmt ist, bei dem Berufungsgerichte. Ein Antrag, dieselben an das Gericht erster Instanz zu senden, wurde von der RTK. abgelehnt, theils aus sachlichen Gründen, theils weil die Frage der landesrechtlichen Regelung zu überlassen sei. Vgl. jedoch für Preußen: Geschäftsordn. f. d. Gerichtsschreibereien der Landgerichte § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 32 Anl. II), Geschäftsordn. f. d. Gerichtsschreibereien der Oberlandesgerichte § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 37 Anl. A).

4) „Erledigung" — Hierunter fällt die Beendigung durch Urtheil, Vergleich, Verzicht, Zurücknahme, Anerkenntniß, nicht aber das Ruhen des Prozesses (§ 228). Daß trotzdem auch in letzterem Falle die Akten sofort zurückzusenden seien (Schneider im civ. Arch. 64 S. 425 ff.), steht mit dem Gesetze nicht im Einklange. (Vgl. § 646 Anm. 5, Petersen § 506 Anm.).

Zweiter Abschnitt.

Mot. S. 41—46, 313—315. Prot. S. 247—262.

1) Die Revision (im Entw. I u. II als Oberrevision bezeichnet, sachlich verschieden von der Revision des preuß. Prozesses) ist vorzugsweise im Interesse der Rechtseinheit eingeführt und deshalb auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränkt (revisio in jure). Insofern stimmt sie mit dem Kassationsrekurse des franz. Rechts und mit der Nichtigkeitsbeschwerde des preuß. Prozesses [Verordn. v. 14. Dezember 1833 (GS. S. 302), Deklar. v. 6. April 1839 (GS. S. 126), Verordn. v. 21. Juli 1849 §§ 59—63 (GS. S. 307), Verordn. v. 24. Juni 1867 §§ 62—66 (GS. S. 885)] und anderer neuen Gesetze und Entwürfe (z. B. P. E. §§ 652—685, H. E. §§ 609—625, N. E. §§ 833—855) überein. Von beiden Rechtsmitteln unterscheidet sie sich jedoch dadurch, daß sie weniger formell gestaltet ist, sich vielmehr rücksichtlich ihrer Konstruktion eng an die Bestimmungen über die Berufung anschließt, weshalb sie vielleicht passend als „Rechtsberufung" hätte bezeichnet werden können. In Folge dieser selbständigen Konstruktion des Rechtsmittels ist bei dessen Vergleichung mit anderen im früheren Prozeßrechte geltenden oder in neueren Entwürfen vorgeschlagenen Rechtsmitteln große Vorsicht zu üben.

> „Will man überhaupt durch Vergleichung argumentiren, so bezeichnet man die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung." (Mot. S. 315.)

Von dem Kassationsrekurse weicht die Revision auch noch wesentlich darin ab, daß sie ein von einem ordentlichen Gerichtshofe abzuurtheilendes ordentliches Rechtsmittel im gemeinrechtlichen Sinne ist, während der Kassationsrekurs sich als ein mit der eigenthümlichen staatsrechtlichen Stellung des Kassationshofes in engster Verbindung stehendes außerordentliches Rechtsmittel darstellt. Die Mot. (S. 42) bemerken über diesen Gegensatz u. A.:

> „Der Kassationshof, tribunal unique et sédentaire auprès du corps législatif, ist ein Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staats, welches im öffentlichen Interesse richterliche Urtheile wegen der darin enthaltenen Gesetzesverletzung vernichtet. — Der Revisionshof ist ein Gericht, welches den Parteien Recht spricht und ein Privatinteresse schützt, indem es ein Urtheil aufhebt, wenn und soweit es auf einer Gesetzesverletzung beruht, folgeweise Parteirechte schädigt. Ihrem Charakter entsprechend ist die Revision von den Parteien zur Hand zu nehmen, während der Kassationsrekurs auch von der Staatsbehörde erhoben werden kann; die Rücksicht auf die Beförderung der Einheit des

Rechts und der Rechtsprechung giebt nur den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision als einer prozessualen Institution ab.

Der Kassationsrekurs als remède extrême, qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances, hat keinen Suspensiveffekt, wird durch die der gemeinrechtlichen Restitutionsklage entsprechende requête civile ausgeschlossen, und gegen ein arrêt des Kassationshofes ist die requête civile unzulässig. — Die Revision als ein ordentliches civilprozessualisches Rechtsmittel hat Suspensiveffekt und schließt ihrerseits die Restitutionsklage aus; gegen ein Revisionsurtheil ist die Restitutionsklage statthaft.

— —

Die Prozedurformen vor dem Kassationshofe weichen von den Prozedurformen vor den Gerichten ganz wesentlich ab, wenngleich dieselben als formes presque judiciaires bezeichnet werden können; sie beruhen auf dem Prinzip der Schriftlichkeit. — Die Prozedurformen vor dem Revisionsgerichte sind die allgemeinen Prozeßformen, in Nichts verschieden von denjenigen, welche für das Berufungsverfahren Geltung haben; sie folgen durchweg dem Prinzip der Mündlichkeit.

Der Kassationshof als Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staats kann, wenn er dem Rekurse statt giebt, nur das angefochtene Urtheil vernichten, nicht aber den Parteien Recht sprechen; dieser Rechtsspruch muß einem Gerichtshofe überlassen werden, welcher grundsätzlich nicht an die Rechtsnormen gebunden ist, welche der Kassationshof der Vernichtung des Urtheils zum Grunde gelegt hat. — Das Revisionsgericht hat grundsätzlich wie jedes Gericht den Parteien Recht zu sprechen" usw.

(Vgl. Hann. Prot. X S. 3687 ff., 3826 ff., Leonhardt: Zur Reform II S. 178 ff., Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 90 ff. und Vortr. S. 180, 208 ff., v. Canstein: Grundlagen S. 109 ff., 124 ff., Sonnenschmidt in Busch, Zeitschr. II S. 421 ff., Erythropel ebenda III S. 105 ff., Weismann das. IX S. 169 ff., v. Kries: Rechtsmittel S. 295 ff., Hellmann, Lehrb. S. 713 ff., Bähr: D. deutsche Civilprozeß in prakt. Bethätigung S. 60, 61; ders.: Noch ein Wort z. d. Civilprozeß S. 29 ff.; Henrici: Das deutsche Reichsgericht S. 15 ff.)

2) Wie die Berufung gegen die Endurtheile erster, findet die Revision gegen die Endurtheile zweiter Instanz statt. Während aber die Berufung gegen alle Endurtheile zulässig ist, unterliegt die Zulässigkeit der Revision, um eine der Rechtseinheit nachtheilige Ueberbürdung des obersten deutschen Gerichtshofes zu verhüten, in mehrfacher Richtung erheblichen Beschränkungen:

a) Die Revision ist nur gegen Endurtheile der Oberlandesgerichte zulässig; die in der Berufungsinstanz gesprochenen Endurtheile der Landgerichte (GVG. § 71) unterliegen weder diesem noch einem anderen Rechtsmittel (§ 507).

b) Die Revision ist von dem Vorhandensein einer Revisionssumme abhängig. Diese Beschränkung ist erst von der RTK. eingeführt worden, welche dagegen die in den Entwürfen vorgeschlagene Beschränkung der Revision auf sog. difforme Erkenntnisse beseitigt hat (§ 508).

c) Der Beurtheilung des Revisionsgerichts unterliegen regelmäßig — über die Ausnahmen vgl. EG. z. CPO. § 6 — nur solche Rechtsnormen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk desjenigen Oberlandesgerichts, welches das Berufungsurtheil gesprochen hat, hinaus erstreckt (§ 511).

Eine Sukkumbenzstrafe, welche der N. E. § 838 nach dem Vorbilde des rheinisch-französischen Rechts adoptirt hatte, ist der CPO. unbekannt. Vgl. auch GKG. § 2.

3) Das Verfahren ist im Wesentlichen das regelmäßige Verfahren erster Instanz (§ 520) und schließt sich besonders eng an das Verfahren in der Berufungsinstanz an (§ 529). Eine Vorprüfung des Rechtsmittels — wie beim franz. Kassationsrekurse durch die chambre des requêtes — findet nicht statt. Anträge auf Einführung einer derartigen Vorprüfung, welche sich theils nur auf die formelle Zulässigkeit, theils auch auf die materielle Begründung des Rechtsmittels beziehen sollte, sind von der RTK. abgelehnt (Prot. S. 267—269). Vgl. auch Hann. Prot. X S. 3820 ff., 3999 ff., 4017 ff., 4039 ff. S. jedoch § 529 Anm. 2, EG. z. CPO. § 7.

Die Gerichts- und Anwaltsgebühren der ersten Instanz werden auch für die Re-

§ 508. In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von fünfzehnhundert Mark übersteigenden Werth des Beschwerdegegenstandes bedingt.

In Betreff des Werths des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§. 3—9 zur Anwendung.

Der Revisionskläger hat diesen Werth glaubhaft zu machen. Der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ist ausgeschlossen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. S. 44. Prot. S. 247—262, 607—623, 703—707.

---

visionsinstanz erhoben; jedoch erhöhen sich die Gebührensätze um die Hälfte bzw. um $^3/_{10}$ (GKG. § 49 Abs. 1, GO. f. RA. § 52).

4) Die Verhandlung und Entscheidung über die Revision gehört zur Zuständigkeit des Reichsgerichts (GVG. § 135 Nr. 1). Eine Ausnahme hiervon machen nur diejenigen Revisionen, welche nach dem EG. z. GVG. § 8 einem obersten Landesgericht zugewiesen werden können.

5) Eine Revision seitens der Staatsanwaltschaft (zur Wahrung des Gesetzes; vgl. z. B. Hann. PO. § 443) ist der CPO. unbekannt.

6) Die §§ 507—513 betreffen die Zulässigkeit der Revision, die §§ 514—517 die Einlegung, § 518 die Anschließung, § 519 die Beantwortung, die §§ 520—529 das Verfahren vor dem Revisionsgerichte.

§ 507.

1) Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 2. Ueber den Begriff des Endurtheils vgl. § 272 Anm. 1—3. Die Revision ist nicht zulässig, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts nur der Form nach als ein Endurtheil sich darstellt, materiell aber ein solches nicht ist (RG. I S. 427, VI S. 427; vgl. auch Petersen §§ 507—509 I a. E., Schepers in Gruchot, Beitr. XXIV S. 877 und §§ 425 Anm. 1, 473 Anm. 4.)

2) Auch gegen ein vom Oberlandesgericht auf Grund des § 821 als Berufungsgericht in erster Instanz erlassenes Urtheil ist die Revision zulässig mit Rücksicht auf die ratio jener Bestimmung (RG. V S. 430, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 61).

§ 508.

1) Der § 485 des Entw. III enthielt in Uebereinstimmung mit den früheren Entwürfen die Vorschrift, daß die Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurtheile nur stattfinde,

„soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist."

Die RTK. hat aber auf Antrag des Abg. Struckmann diesen in der Literatur und sonst (vgl. v. Mittelstädt und Reuling in ihren Gutachten für den deutschen Anwaltstag, Berlin 1871, R. Koch in Behrend, Zeitschr. VII S. 83, John, das. VII S. 206 ff., Verhandl. d. 10. D. Juristentags II S. 178 ff., 312 ff., Stenogr. Ber. d. Reichstags v. 1874/75 S. 315. A. M. G. Planck in Preuß. Jahrb. Bd. 31 S. 346) vielfach angefochtenen Grundsatz verworfen, die Revision also auch gegen konforme Urtheile zugelassen und dagegen als Ersatz, um einer Ueberbürdung des Reichsgerichts vorzubeugen, eine Revisionssumme in Gemäßheit des § 508 eingeführt.

2) Die Revisionssumme greift nur bei Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche (vgl. § 21 Anm. 2) Platz; bei anderen Rechtsstreitigkeiten, z. B. über Statusfragen, insbesondere auch in Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 568 ff., 605 ff., 620, 626), findet daher gegen die Endurtheile stets Revision statt.

Bei einer Verbindung vermögensrechtlicher Ansprüche mit anderen kann von einer Revisionssumme nur die Rede sein, wenn die Revision sich ausschließlich auf die ersteren bezieht (vgl. Seuffert Anm. 2). Es kommt auch nicht darauf an, ob die Revision sich bezüglich der nicht-

vermögensrechtlichen Gegenstände als unbegründet (nicht als unzulässig) erweist (Petersen § 509 II 2, Gaupp II S. 544 u. A.).

3) Die Revisionssumme wird nicht nach dem Streitgegenstand (summa libelli) — wie von dem Abg. Struckmann prinzipaliter beantragt war — sondern nach dem Beschwerdegegenstand (summa gravaminis) berechnet, d. h. nach dem Vermögenswerth, um welchen sich der Revisionskläger dadurch verkürzt glaubt, daß von dem Berufungsgerichte so wie geschehen geurtheilt worden ist (vgl. Wetzell S. 711, Pfeiffer: Praktische Ausführungen Bd. 6 S. 265 ff., Seuffert, Arch. 36 Nr. 242, 38 Nr. 73, 186, RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 2 S. 72), wobei übrigens, wie die Verhandlungen der RTK. klar ergeben, nur das, was das angegriffene Urtheil unmittelbar, und zwar in der Hauptsache, der Partei nimmt, nicht etwas, was außerhalb des Prozesses liegt, in Betracht kommt, so daß der Beschwerdegegenstand nie größer als der Streitgegenstand sein kann (Schwalbach in Gruchot, Beitr. XXVI S. 174 ff., Hellmann, Lehrb. S. 716, 719, Seuffert Anm. 3a u. A.). Bei Theilforderungen kann auch hier (vgl. § 293 Anm. 3) kein Unterschied gemacht werden, ob dieselben „individualisirt" waren (A. M. Zitelmann in Busch, Zeitschr. VIII S. 277 ff.). Wegen der Theilurtheile s. unten Anm. 4.

Bei mehreren Beschwerden bildet den Beschwerdegegenstand die Gesammtsumme derselben, ohne Rücksicht darauf, ob sie die Klage oder die Widerklage oder beide (s. § 5) betreffen. (So auch RG. VII S. 313, 383 [verein. Civils.], Petersen §§ 507—509 II 5, Wilm. Levy Anm. 3, Endemann II S. 448, Kleiner II S. 566, v. Kries a. a. O. S. 315 u. A. A. M.: Hellmann II S. 436. Seuffert Anm. 4, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 156 Anm. 202.) Die §§ 3—9 sind nur entsprechend anzuwenden, da es auf den Beschwerdegegenstand ankommt. Auch KO. § 136 ist in den geeigneten Fällen entsprechend anzuwenden (RG. X S. 68). Erreicht die prinzipale Beschwerde die Revisionssumme, so kommt es nicht darauf an, ob die eventuelle Beschwerde solche erreicht (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 269). — Bei Streitgenossen kommt es, abgesehen von § 59, nur auf diejenigen an, welche das Rechtsmittel ergriffen haben (s. RG. X S. 342).

Im Falle einer durch das Gericht angeordneten Verbindung mehrerer Prozesse findet in gleicher Weise wie bei der von den Parteien ausgehenden Klagenhäufung eine Zusammenrechnung der Ansprüche nach § 5 statt (vgl. § 138 Anm. 2, RG. V S. 354, VI S. 416 u. ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 264).

Bei Berechnung des Betrags des Beschwerdegegenstandes kommen Zinsen und Kosten (RG. VII S. 326), Provision (als „Schäden"), Protestkosten und Portoauslagen (als „Kosten"), welche mit der Wechselforderung als Nebenforderungen geltend gemacht werden (vgl. § 4 Anm. 3), nicht in Betracht (RG. I S. 228, IX S. 411, Seuffert, Arch. 35 Nr. 258). [Petersen § 4 II 4, S. 4 Anm. 2 bemerkt jedoch mit Recht, daß dies dann nicht passe, wenn die Kosten an einen früheren Regreßnehmer bezahlt und dadurch Bestandtheil der Hauptforderung geworden sind; s. auch Sydow in Busch, Zeitschr. II S. 476 u. RG. XII S. 260.] Bedenklich ist die Ansicht des 1. Civils. d. RG. [IX S. 414], daß dieser Grundsatz nicht Platz greife, wenn das angefochtene Berufungsurtheil nach rechtskräftiger Zuerkennung der Hauptforderung nur noch den ursprünglich als Nebenanspruch geltend gemachten Zinsanspruch zum Gegenstande hat. Denn, wenngleich die §§ 3—9 nur entsprechende Anwendung leiden, so bleibt es doch auch bei solcher mißlich, Nebenforderungen, die in den früheren Instanzen gar nicht in Betracht kamen, für die Revisionsinstanz zu berücksichtigen und gleichsam in die Hauptforderung zu verwandeln, und es entsteht das Mißverhältniß, daß eine Revision, die unzulässig sein würde, wenn die Hauptforderung unter 1500 Mark nebst Nebenforderungen streitig bleibt, zulässig wird, wenn letztere allein übrig bleiben. (Vgl. auch Seuffert Anm. 4 u. RG. XI S. 387 [2. CS.], welches wenigstens in Bezug auf — nach Erhebung der Klage entstandene — Prozeßzinsen nach Erledigung der Hauptsache die Revision auf Grund des § 4 für unbedingt unzulässig erklärt, sowie Hellmann, Lehrb. S. 718.)

§ 509. Ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes findet die Revision statt:

Der Kaufpreis ist nicht unbedingt entscheidend (RG. III S. 419). — Der Betrag einer Einrede ist nicht zu berücksichtigen (RG. IV S. 355). — Wegen Herausgabe eines Hypothekenbriefs s. RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 63.

Da die in der Revisionsschrift aufgestellten Beschwerden nur vorbereitenden Charakter haben (§ 516) und in der mündlichen Verhandlung noch geändert werden können (§ 522), so entscheidet sich die Zulässigkeit der Revision bezüglich des Vorhandenseins der Revisionssumme erst am Schlusse der mündlichen Verhandlung über die Revision, sofern nicht das Revisionsgericht nach Maßgabe der §§ 137 und 275 eine getrennte Verhandlung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision angeordnet hat. [v. Kries a. a. O. S. 313 bezeichnet diesen Satz als unrichtig oder doch irreführend. Mit demselben ist es aber durchaus verträglich, daß der Vorsitzende nach § 130 Abs. 2 die Verpflichtung hat, im Eingange der Verhandlung auf den etwaigen Mangel der Revisionssumme aufmerksam zu machen, und daß das Gericht alsdann regelmäßig zunächst in eine getrennte Verhandlung über diese Punkte eintreten wird. Der Satz behält seine praktische Bedeutung für die Fälle, wo solches nicht geschieht. Vgl. auch Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 280 Anm. 34.] Selbstverständlich aber kann der Revisionsbeklagte nicht dadurch eine Sache der Revision entziehen, daß er bei der mündlichen Verhandlung einen Theil des dem Revisionskläger aberkannten Streitgegenstandes demselben einräumt und so den Beschwerdegegenstand unter 1500 Mark herabdrückt; denn bei Bemessung der Beschwerdesumme bildet das Berufungsurtheil die Grundlage. Dasselbe gilt von Zahlungen oder Verzichten des Revisionsbeklagten nach Zustellung der Revisionsschrift (vgl. RG. V S. 387; Seuffert Anm. 3 b, Fitting § 72 Anm. 2, Endemann II S. 448, Sarwey I S. 690 u. A.), wogegen derartige vor Zustellung derselben vorgenommene Handlungen auf die Zulässigkeit der Revision allerdings von Einfluß sind (RG. v. 2. Febr. 1886 — Rep. III 220/85). Setzt der Revisionskläger im Laufe der mündlichen Verhandlung den Beschwerdegegenstand unter die Revisionssumme herab, so wird die Revision ungeachtet eines vorher ergangenen Zwischenurtheils, welches dieselbe für statthaft erklärt hatte, unzulässig (v. Kries a. a. O. S. 314, Seuffert Anm. 3b; vgl. auch Endemann II S. 447). — Auf den Werth des Beschwerdegegenstandes hat es keinen Einfluß, wenn der Kläger in Folge der Aufhebung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils nach § 655 Abs. 2 dem Beklagten mehr als 1500 Mark zurückgezahlt hat (RG. IX S. 410).

Die auf Grund des Abs. 2 erfolgte Festsetzung des Werths ist zugleich für die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren maßgebend (GKG. § 13. GO. f. RA. § 10).

4) Bei Theilurtheilen (§ 273) bestimmt sich der Beschwerdegegenstand lediglich nach dem Inhalte des angefochtenen Theilurtheils; die bereits früher erlassenen Theilurtheile bleiben bei der Berechnung ebenso außer Betracht wie der noch nicht erledigte Theil des Rechtsstreits. Dies gilt auch bei gleichzeitiger Einlegung der Revision gegen mehrere in demselben Prozesse erlassene Theilurtheile; die Revision ist nur insoweit zuläsig, als die Beschwerde gegen das einzelne Urtheil für sich allein die Revisionssumme erreicht (RG. XIII S. 352). Hiernach kann freilich die Revisibilität in einzelnen Fällen davon abhängen, ob der Richter erster oder zweiter Instanz ein Theilurtheil erlassen hat; allein dieser Mißstand mindert sich bei der Erwägung, daß die große Mehrzahl der Theilurtheile in Fällen ergeht, in welchen mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben werden und mithin die Verbindung ohnehin etwas Zufälliges ist. (Vgl. auch Endemann II S. 430, 447, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3b a. E.)

5) Abs. 3: Dem Revisionskläger liegt die Pflicht des Nachweises ob. Ueber „Glaubhaftmachung" vgl. § 266 (s. auch RG. X S. 321 u. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1108); der Eid ist jedoch gänzlich ausgeschlossen, wie im Falle des § 44. An die übereinstimmende Angabe beider Parteien ist das Gericht nicht gebunden (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 359).

6) Wegen der Revisionssumme bei der Anschlußrevision vgl. § 518 Anm. 2.

1. insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt;
2. in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 497. Entw. III. § 485 Abs. 2. Mot. S. 315, 316. Prot. S. 247–262, 607–623, 703–707, 743–745. 164. Sitzung S. 1, 10.

§ 510. Der Beurtheilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

N. Entw. § 835. Entw. I. § 463. Entw. II. § 478. Entw. III. § 486. Mot. S. 314. Prot. S. 262.

---

§ 509.

1) Der § 509 enthält zwei Ausnahmen von dem Grundsatze des § 508. Die erste ist auf Anregung des Abg. Reichensperger von der RTK. beschlossen worden; derselbe wollte für die hier in Rede stehenden Fälle eine Ausnahme auch von dem Grundsatze des § 507 eintreten lassen und mithin eine Revision auch gegen die von den Landgerichten in der Berufungsinstanz erlassenen Endurtheile gestatten; in dieser Ausdehnung ist aber der Vorschlag schließlich von der RTK. zurückgewiesen worden. Vgl. auch § 528 Nr. 2. Ueber den Unterschied zwischen § 509 und § 508 s. RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 379.

2) Die in der Nr. 1 aufgeführten drei Fälle sind solche, in denen die Entscheidung des Berufungsgerichts in ihren wesentlichsten Grundlagen angegriffen wird.

Ueber „Unzuständigkeit des Gerichts" (örtliche wie sachliche) und „Unzulässigkeit des Rechtswegs" vgl. § 247 Nr. 1 u. 2 Anm. 4, 5; über „Unzulässigkeit der Berufung" s. § 497.

Auch die Fälle sind hier nicht auszuschließen, in welchen die Berufung als versäumt verworfen worden ist, da nach § 497 auch wegen versäumter Frist die Berufung als unzulässig zu verwerfen ist (anders im Falle des § 504). Dagegen kommt die Regel des § 508 zur Anwendung, wenn lediglich die Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnißurtheil zweiter Instanz wegen mangelhafter Zustellung der Einspruchsschrift in Frage ist (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1121). Ob der Berufungsrichter die Berufung mit Unrecht für zulässig oder für unzulässig erklärt hat, ist gleichgültig (RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 3 S. 5; Wilm. Levy Anm. 4, Endemann II S. 450, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Puchelt II S. 356, welcher nur in letzterem Falle die Nr. 1 für anwendbar hält); ebenso, ob derselbe den Rechtsweg zu Unrecht ausgeschlossen oder zugelassen hat (RG. III S. 422, Kleiner II S. 568). Dagegen gehört der Verlust der Berufung wegen Zurücknahme (§ 476 Abs. 3) oder wegen unterlassener Sicherheitsleistung (§ 105) nicht hierher (Wilm. Levy Anm. 3).

— „insoweit" — also nur hinsichtlich der in Nr. 1 hervorgehobenen Fragen, nicht hinsichtlich anderer Beschwerden (so auch RG. III S. 422, v. Kries a. a. O. S. 316).

3) Nr. 2: Die zweite Ausnahme liegt in der Natur der Sache und war auch in dem Entw. III gegenüber dem Grundsatze der Difformität der Urtheile enthalten. Die hier erwähnten Rechtsstreitigkeiten s. im GVG. § 70. In denselben kommt es nur auf die Natur der Klage bzw. Widerklage, nicht auf die der einzelnen Beschwerdepunkte an (Endemann II S. 450).

§ 510.

Die Bestimmung des § 510 entspricht vollständig der des § 473 über die Berufung.

Die Vorentscheidungen des Gerichts erster Instanz kommen als Gegenstand der Anfechtung für das Revisionsgericht nicht weiter in Betracht. Sind sie von dem Berufungsgerichte (ausdrücklich oder stillschweigend) bestätigt, so kann nur die bestätigende Entscheidung einen Gegenstand der Beschwerde bilden (Endemann II S. 451, Gaupp II S. 548 u. A.).

§ 511. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt, beruhe.

N. Entw. § 834. Entw. I. § 461. Entw. II. § 479. Entw. III. § 487. Mot. S. 316–322. Prot. S. 247–263.

---

§ 511.

Vgl. StrPO. § 376 Abs. 1.

1) Da die Thätigkeit des Revisionsgerichts sich grundsätzlich nur auf die rechtliche Würdigung der Sache beziehen soll (vgl. d. allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 1), so kann sie eine Abänderung des Berufungsurtheils nur herbeiführen, wenn dasselbe ein Gesetz verletzt, d. h. eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat (§ 512). Die rein thatsächliche Würdigung des Vorbringens der Parteien wie der Ergebnisse der Verhandlung und der Beweisaufnahme ist von der Thätigkeit des Revisionsrichters ausgeschlossen; nur insofern die thatsächliche Würdigung des Berufungsrichters auf der unrichtigen Anwendung oder auf der Nichtanwendung einer Rechtsnorm beruht, kann sie auch in den Kreis der Beurtheilung des Revisionsrichters gezogen werden.

Ob das Gericht sich ausdrücklich mit dem Gesetze in Widerspruch gesetzt hat (contravention expresse à la loi) oder nur stillschweigend, ist unerheblich.

2) Nicht die Verletzung eines jeden Gesetzes vermag die Revision zu begründen, sondern nur diejenige eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt. Diese Beschränkung beruht theils auf dem Bestreben, das Reichsgericht zu entlasten, theils auf dem Gedanken, daß das Bedürfniß nach Aufrechterhaltung der Rechtseinheit es nicht erheische, Rechtsstreitigkeiten wegen Verletzung anderer Gesetze an das Reichsgericht gelangen zu lassen. (Vgl. John in Behrend, Zeitschrift VII S. 161 ff., G. Planck in Preuß. Jahrb. Bd. 31 S. 356 ff. u. v. Kries a. a. O. S. 316 ff.) Konsequenzen derselben sind in den §§ 525 und 528 Abs. 4 enthalten.

3) „Reichsgesetzes" — ohne Unterschied, ob es für das ganze Reich oder nur für einzelne Theile gilt, und im letzteren Falle, ob sein Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinauserstreckt. Nach § 512 fällt unter „Reichsgesetz" auch etwaiges Reichsgewohnheitsrecht (dessen Möglichkeit Sonnenschmidt a. a. O. S. 443, 444, 446 mit Unrecht bezweifelt). — Die für Elsaß-Lothringen im Wege der Reichsgesetzgebung erlassenen Landesgesetze (§ 2 des G. v. 2. Mai 1877 — RGBl. S. 491) sind nicht Reichsgesetze im Sinne des § 511 (Prot. S. 263).

4) „Gesetzes, dessen — hinauserstreckt" — Es kommt also darauf an, daß das Landesgesetz (bzw. Gewohnheitsrecht) im Bezirke des Berufungsgerichts (oder eines Theils desselben) und außerdem noch mindestens in dem eines anderen Oberlandesgerichts (oder eines Theils desselben) gilt, mag letzteres demselben oder einem anderen Bundesstaate angehören, wie z. B. das gemeine Recht, das französische Recht, die allgemeinen Gesetze des preußischen und des bayerischen Staats. Zu Schwierigkeiten führt diese Beschränkung in Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob das betreffende Rechtsinstitut dem — über einen großen Theil des Deutschen Reichs sich erstreckenden — gemeinen Rechte, z. B. dem gemeinen deutschen Privatrechte (vgl. RG. III S. 205, Weismann in Busch, Zeitschr. IX S. 189 Anm. 26), angehört oder auf — einen einzelnen Oberlandesgerichtsbezirk nicht überschreitenden — partikularrechtlichen Normen (geschriebenen oder ungeschriebenen), z. B. dem lübischen Recht (RG. in Gruchot Beitr. XXVIII S. 260, 261), beruht (vgl. Stobbe, Handbuch des deutsch. Privatrechts I S. 35 ff.). Zur Hebung dieser Schwierigkeiten dient aber wesentlich die im EG. z. CPO. § 6 dem Kaiser ertheilte Befugniß, im Wege der Verordnung unter Zustimmung des Bundesraths Ausnahmen von der Regel des § 511 eintreten zu lassen. Die betreffende Verordnung ist unterm 28. Sept. 1879 erlassen (RGBl. S. 299) und unterm 10. April 1880 vom Reichstage mit Ausschluß des § 3

genehmigt worden (RGBl. S. 102). Sie enthält weitgehende Ausnahmen, insbesondere Beschränkungen der Revisibilität. [Ueber das Nähere vgl. EG. z. CPO. § 6 Anm. 2, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIV S. 20 ff., Reuling: Revisible und nicht revisible Rechtsnormen, Berlin 1880, Fels: Revisionsrecht und Sonderrecht, Leipzig 1884, Weismann a. a. O. S. 170 ff. Vgl. auch Sonnenschmidt a. a. O. S. 430 ff. sowie RG. II S. 93, 382, III S. 203, 430, V S. 212, 372, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 104 ff.].

Gleichgültig ist es übrigens, ob das ganze Gesetz, dem die konkrete Rechtsnorm entnommen ist, in dem fraglichen Umfange gilt; es genügt für die Revisibilität, wenn nur die konkrete Rechtsnorm den fraglichen Geltungsbereich hat. (Vgl. § 2 der Verordn. v. 28. Sept. 1879, Eccius a. a. O. S. 25, v. Kries a. a. O. S. 319, 320, Seuffert Anm. 3c.)

Eine bloß materielle Uebereinstimmung einer einzelnen Vorschrift in verschiedenen Gesetzgebungen macht die betreffenden Gesetzesvorschriften nicht zu identischen (vgl. die Denkschr. z. Verordn. v. 28. Sept. 1879 § 9 S. 15 — Drucksachen d. Reichstags 4. Legisl.-Per. III. Sess. 1880 Nr. 34, Seuffert a. a. O., Eccius a. a. O. S. 26. A. M.: Hellmann in Krit. Vierteljahrschr. XXVIII S. 233 u. Lehrb. S. 725 ff., theilweise auch Fels a. a. O. S. 65 ff.), ebensowenig der Umstand, daß beide derselben Quelle entnommen sind (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 38 S. 282). Andererseits steht einer Identität der Rechtsnorm im Sinne des § 511 nichts entgegen, wenn durch einen besonderen Akt der Gesetzgebung (sei es selbst eines anderen Gesetzgebers, z. B. in einem anderen Bundesstaat) das Gesetz oder ein einzelner Rechtssatz ausdrücklich so, wie es anderswo in Geltung steht, in ein neues Geltungsgebiet eingeführt ist [z. B. das deutsche Handels- und Wechselrecht (durch Landesgesetz) in Elsaß-Lothringen, das preuß. Berggesetz in den neuen preußischen Provinzen] (vgl. Gaupp II S. 551, Eccius a. a. O. S. 25 ff., Seuffert a. a. O., Petersen §§ 511—513 II 3, die oben angef. Denkschrift § 12 S. 16, in Seuffert, Arch. 37 Nr. 73, 38 Nr. 282 u. A., RG. V S. 358. A. M. Erythropel a. a. O. S. 116), oder wenn gemeinrechtliche Rechtssätze verletzt werden, welche für den Bezirk des Berufungsgerichts zugleich durch eine landesrechtliche Rechtsquelle sanktionirt sind (RG. V S. 403, in Seuffert, Arch. 37 Nr. 74 u. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 402, Hellmann, Lehrb. S. 728, Weismann a. a. O. S. 182 ff., nach welchem der auf die Rechtseinheit gerichtete Wille des Gesetzes entscheidet. A. M.: Eccius a. a. O. S. 9 ff., 26 ff., Seuffert a. a. O.; vgl. auch Gaupp II S. 553), oder welche aus einem (nicht revisiblen) Partikularrecht durch Folgerung mit Hülfe allgemeiner Rechtssätze abgeleitet sind (RG. VI S. 390, X S. 122.)

Steht ein partikulares Gewohnheitsrecht in Frage, so unterliegt gleichwohl die Verletzung gemeinrechtlicher Rechtsregeln über das Bestehen desselben der Revision (Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 244, RG. II S. 182, V S. 367, Vierhaus a. a. O. S. 105, Sonnenschmidt a. a. O. S. 440).

5) Aus § 511 ergiebt sich ferner, daß — im Einklange mit dem franz. Recht (vgl. auch P. C. § 656) — die Revision nicht darauf gegründet werden kann, daß ausländisches Recht (vgl. § 265) nicht richtig erkannt bzw. angewendet sei [vgl. auch Seuffert Anm. 3a., Eccius a. a. O. S. 24, Petersen §§ 511—513 II 4, Kleiner II S. 571, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 310 u. in Gruchot Beitr. XXVIII S. 889. A. M. Wernz in Hauser's Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht III S. 380]. Dagegen ist die Behauptung, daß das Berufungsgericht statt des inländischen Rechts das ausländische oder umgekehrt statt des ausländischen das inländische zur Anwendung gebracht habe, geeignet, die Revision zu begründen, weil in dem ersteren dieser beiden Fälle die Revision auf die Nichtanwendung des inländischen Rechts sich gründet, und in beiden darauf, daß gegen die Grundsätze der sog. örtlichen Kollision der Gesetze verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt sei (vgl. RG. II S. 13, in Busch, Zeitsch. III S. 139, in Jur. Wochenschr. 1883 S. 28 Nr. 30 u. in Gruchot a. a. O., Wilm. Levy Anm. 5 a. E., Sonnenschmidt a. a. O. S. 443). Das Gleiche gilt konsequenterweise von dem Verhältniß des nicht revisiblen Partikularrechts zu dem

revisiblen Rechte, also z. B. von der Frage, ob ein gemeinrechtlicher Satz durch einen partikularen aufgehoben sei, oder ob eine landesgesetzliche Bestimmung mit einer reichsgesetzlichen in Widerspruch stehe (RG. II S. 94 u. im RAnz. 1886 b. Beil. S. 6. A. M. ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 74, 361, RG. IV S. 202. Gegen letzteres s. Vierhaus a. a. O. S. 105 bis 107). Nicht revisibel ist die nur historische Frage, ob das römische Recht in einem Theil Deutschlands noch nicht rezipirt gewesen (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 362).

Hinsichtlich des Beweises des ausländischen Rechts wird der Revisionsrichter nicht unbedingt an die Feststellung des Vorderrichters gebunden sein (vgl. § 265 Anm. 3. A. M. Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXV S. 506).

6) Ingleichen folgt aus § 511, daß die Revision nicht auf unrichtige Anwendung solchen inländischen Rechts, welches im Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat, gestützt werden kann, z. B. in Baden nicht auf die unrichtige Anwendung des im einzelnen Falle etwa zur Anwendung kommenden Preuß. ALR. (RG. VI S. 413, VIII S. 88, Seuffert Anm. 3b. A. M.: Weismann a. a. O. S. 171, 180, Fels a. a. O. S. 72 ff.), wogegen die Behauptung, daß das Berufungsgericht statt des Rechts eines anderen deutschen Gebiets das im eigenen Bezirke geltende Recht hätte anwenden müssen und umgekehrt, auch hier geeignet ist, die Revision zu begründen (Seuffert, Arch. 36 Nr. 310, 38 Nr. 75).

Dagegen kann auch die Verletzung eines aufgehobenen Gesetzes, welches aber auf ein bis in die Gegenwart hineinwirkendes Rechtsverhältniß anwendbar ist, die Revision begründen (vgl. die in Anm. 4 erwähnte Denkschrift, Eccius a. a. O. S. 29, 36, 37, Gaupp II S. 551, Wilm. Levy Anm. 5, Seuffert Anm. 3b, Fels a. a. O. S. 33 ff., Hellmann, Lehrb. S. 729 ff., im Wesentlichen auch RG. VII S. 364, VIII S. 115 u. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1171; zweifelhaft der Bericht d. Reichstags-Kommission S. 10 — Drucks. a. a. O. Nr. 72); denn ungeachtet der Aufhebung ist das Gesetz für diejenigen Rechtsverhältnisse, für welche es nach den Vorschriften über die zeitliche Kollision der Gesetze noch Wirksamkeit hat, als ein in Geltung stehendes anzuerkennen. (A. M. RG. V S. 417 hauptsächlich wegen des Wortes „Geltungsbereich", welches sich auch auf die zeitlichen Grenzen beziehe, sowie aus praktischen Gründen auch Petersen §§ 511—514 Nr. 4.)

7) Der Verletzung des Gesetzes ist die bloßer Gesellschaftsstatuten oder anderer Vertragsurkunden, selbst wenn sie in Gesetzblättern veröffentlicht sind, oder rechtskräftiger Erkenntnisse (contrariété d'arrêts ou jugements entre différents tribunaux — Bayer. PO. Art. 788 Nr. 1) nicht gleichgestellt. Vgl. § 543 Nr. 7a. (S. auch Seuffert § 512 Anm. 1c, Endemann II S. 457, ROHG. 4 S. 58, 7 S. 270, 9 S. 130, 10 S. 327, 13 S. 119, 17 S. 110; vgl. RG. I S. 338, in Seuffert, Arch. 36 Nr. 309 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 73, ob.LG. f. Bayern das. 38 Nr. 363, Johow u. Küntzel, Jahrb. d. Entsch. d. Kammergerichts II S. 10). Wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden s. § 512 Anm. 7.

8) Fernere Voraussetzung für die Revision ist, daß die Entscheidung selbst auf einer Verletzung des Gesetzes und zwar einer nach § 511 geeigneten — beruht. Es genügt nicht, daß objektiv das Recht verletzt ist, sondern es muß auch ein Kausalzusammenhang der Verletzung mit dem beschwerenden Theile der Entscheidung bestehen, also ein subjektives Parteirecht verletzt sein (vgl. § 526). Ueber dieses Erforderniß sagen die Mot.:

> „Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung begangene Verletzung des Gesetzes kann den Erfolg der Revision begründen. Die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm ist im allerweitesten Sinne eine Gesetzesverletzung. Es ist nicht erforderlich, daß die Norm in den Entscheidungsgründen als nicht zutreffend bezeichnet ist; sie ist verletzt, wenn sie auf das festgestellte Sachverhältniß hätte angewendet werden müssen. Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm auf das festgestellte Sachverhältniß sind andrerseits zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn andere thatsächliche oder rechtliche Gründe aus dem festgestellten Sachverhältnisse zu derselben Entscheidung geführt haben würden. Ebenso ist die Verletzung einer Rechtsnorm bei Feststellung des Sachverhältnisses für

§ 512. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

N. Entw. § 834. Entw. I. 461. Entw. II. § 480. Entw. III. § 488. Mot. S. 318–322. Prot. S. 247–264.

---

die Begründung der Revision unerheblich, wenn das zu berichtigende Sachverhältniß bei Anwendung der zutreffenden Rechtsnorm zu einer anderen als der erlassenen Entscheidung nicht geführt haben würde. Hiernach kann nur eine Würdigung der ganzen Sache, wie sie von den Parteien vorgetragen ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils führen (§ 526)."

Vgl. jedoch § 513. (S. auch Wach, Vortr. S. 212, v. Kries a. a. O. S. 296 ff.)

Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die angefochtene Entscheidung ausschließlich auf einer Verletzung eines nach § 511 geeigneten Gesetzes beruht; es genügt, daß sie darauf mitberuht, also ohne die Verletzung nicht in der angefochtenen Weise ergehen konnte (vgl. auch Endemann II S. 455, Gaupp II S. 549, 550 u. A.).

§ 512.

Vgl. StrPO. § 376 Abs. 2, EG. z. CPO. § 12, Wach, Handb. I § 15 S. 185 ff.

1) Die Mot. sagen:

„Der Ausdruck „Rechtsnorm" ist gewählt, um einerseits die Annahme auszuschließen, daß die Revision, wie die Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Rechts, auf die Verletzung von Rechtsgrundsätzen habe beschränkt sein sollen, und andererseits klar zu stellen, daß es für die Revision gleichgültig ist, ob die verletzte Norm in einem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist oder ob sie sich aus dem Sinne und Zusammenhange desselben ergiebt. Gleichgültig ist ferner für die Revision die Quelle, der Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm. Zur Verhütung restriktiver Auslegung des Wortes „Gesetz" bestimmt der § 12 des EG., daß im Sinne der CPO. jede Rechtsnorm als Gesetz gelte, also auch das Gewohnheitsrecht. Bei demselben ist nur die thatsächliche Ermittelung häufig komplizirter als bei dem geschriebenen Rechte, obwohl es Gewohnheitsrechte giebt, deren allgemein bekannte Existenz gar nicht mehr in Frage gezogen wird. Ueberall aber handelt es sich nicht um die thatsächliche Würdigung des Rechtsstreits, sondern um die Erkenntniß des abstrakten Rechts, und nur jene ist dem Revisionsrichter entzogen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann man auch nicht einen Unterschied machen, ob bei der Rüge der Verletzung eines Gewohnheitsrechts der Angriff gegen thatsächliche Feststellungen oder gegen juristische Würdigungen, welche beide zur Feststellung des bestehenden Rechts dienen sollen, sich richtet (Mot. zum P. E.-S. 164)."

Eine gleiche Definition von „Gesetz" findet sich im EG. z. StrPO. § 7 und im EG. z. KO. § 2.

Unter den Begriff des Gesetzes fallen daher auch Verordnungen, welche nach dem öffentlichen Rechte des Reichs bzw. des einzelnen Bundesstaates Gesetzeskraft haben, dagegen nicht bloße Ausführungsbestimmungen und Reglements der Behörden. [Vgl. ROHG. 19 S. 184, RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 161, ob.LG. f. Bayern das. Nr. 265. S. jedoch in Betreff der auf Grund von Gesetzen, z. B. d. preuß. Ges. v. 11. März 1850, erlassenen Polizeiverordnungen RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 187, welches den bedenklichen Satz aufstellt, daß eine Rechtsnorm auch durch eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde begründet werden könne.]

2) Wegen des Gewohnheitsrechts vgl. § 511 Anm. 3, 4 a. E. u. § 524 Anm. 3 a. E. Selbstverständlich muß dasselbe nöthigenfalls bewiesen werden (§ 265), wozu in der Revisionsinstanz an sich nicht mehr der Ort ist (vgl. RG. V S. 361). Die Stellung des Revisionsgerichts ist aber hier naturgemäß eine freiere als bezüglich gewöhnlicher Thatsachen. (Zweifelhaft Sonnenschmidt a. a. O. S. 445, 446.) Es kann daher auch neue ihm von den Parteien dargebotene Mittel zur Ermittelung des Gewohnheitsrechtes benutzen (s. Kleiner II S. 575) und aus den festgestellten Thatsachen selbständige Folgerungen bezüglich des Gewohnheitsrechtes ziehen (RG. VI S. 226, VII S. 235). Bloßer (lokaler) Gerichtsgebrauch kann gemeinrechtliche Normen nicht abändern (vgl. RG. V S. 134, 135).

3) Handelsgebräuche (GVG. § 118) unterliegen der Beurtheilung des Revisionsrichters insoweit, als sie Handelsgewohnheitsrechtssätze sind (vgl. Laband in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XVII S. 466 ff., Keyßner das. XXV S. 503, ROHG. 6 S. 868 ff., 11 S. 243, 12 S. 287, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 173).

4) Der § 512 macht auch keinen Unterschied zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht und beschränkt nicht, wie die Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Rechts, bei dem Prozeßrecht die Revision auf wesentliche Prozeßvorschriften. Vgl. übrigens §§ 513 u. 521.

5) — „nicht oder nicht richtig angewendet" — Die verschiedenen Richtungen, in welchen die Revision begründet werden kann, bezeichnet § 516. Es macht keinen Unterschied, ob der Richter in der Existenz oder in dem Inhalte der Rechtsnorm geirrt hat, und ob der Irrthum ausgesprochen ist oder nicht. Den praktisch wichtigsten Fall bildet, wie die Mot. hervorheben, die unrichtige Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz — die Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das (ohne Gesetzesverletzung — s. § 516 Nr. 3) festgestellte Sachverhältniß (§ 528 Nr. 1). Ein Zusatz zum § 512:

> „Insbesondere ist jede unrichtige rechtliche Beurtheilung der von den Parteien zur Begründung ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorgebrachten oder der als erwiesen angenommenen Thatsachen als Verletzung des Gesetzes anzusehen"

ist weggelassen worden, theils weil aus den Bestimmungen über die Revision sowie aus der Konstruktion dieses Rechtsmittels mit Evidenz hervorgehe, daß jede unrichtige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz den Gegenstand der Anfechtung durch die Revision bilden könne, theils, weil durch den Zusatz kein Anhaltspunkt für die Frage gegeben werde, was Rechtsfrage und was Thatfrage sei. Hiernach ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die Subsumtion insoweit der Revision unterliegt, als dabei eine unrichtige rechtliche Beurtheilung des von den Parteien behaupteten oder als erwiesen angenommenen Sachverhältnisses vorgekommen ist; die Schwierigkeit liegt nur darin, in dem einzelnen Falle zu unterscheiden, ob der Irrthum die thatsächliche oder die rechtliche Beurtheilung betrifft. Die Formalisirung der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde wird in den Mot. entschieden gemißbilligt; es heißt in dieser Beziehung:

> „Dem Entwurf ist die Trennung der Rechtsfrage in zwei Gebiete „„konkrete und abstrakte Beurtheilung"" und die Ausschließung der ersteren von dem Arbitrium des höheren Richters fremd. Der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichts unterliegt z. B. unbedenklich die Frage, ob bei der Subsumtion der gerichtlich festgestellten Thatsachen unter den Rechtsbegriff „„Besitz"" „„culpa"" usw. von dem Berufungsgerichte gefehlt sei; an die in der Berufungsinstanz gerichtlich festgestellten Thatsachen ist das Revisionsgericht gebunden, nicht an die rechtlichen Konklusionen, welche das Berufungsgericht aus denselben gezogen hat."

[Vgl. über den Begriff der Rechtsfrage und Thatfrage: Stahl im civ. Arch. 56 S. 157 ff., 212 ff., 67 S. 94 ff., und in Goltdammer's Arch. f. StrR. 24 S. 171 ff., v. Savigny, Syst. d. RR. III S. 327 ff., Bähr: Das Rechtsmittel zweiter Instanz usw. § 4, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 92 ff. und Vortr. S. 209, Becker in den Verh. d. 10. D. Juristentags I S. 46 ff., Siebenhaar S. 509, Endemann II S. 459, Erythropel a. a. O. S. 119 ff., Hellmann, Lehrb. S. 744 ff., Wach: Die That- und Rechtsfrage im Civilprozeß. Ein Vortrag. Berlin 1881 (Separatabdruck aus d. Jur. Wochenschrift) und die von Letzterem angeführten zahlreichen Urtheile des RG., ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 323 (betr. die culpa).]

6) Von einer Gesetzesverletzung wird selbstverständlich dann nicht die Rede sein können, wenn die Norm eine solche war, welche dem konkreten (freien) Ermessen des Gerichts Spielraum gestattete, und wenn lediglich behauptet wird, daß von diesem Ermessen ein unrichtiger Gebrauch gemacht worden sei (vgl. Ude in Busch, Zeitschr. VI S. 451 ff.). Dasselbe gilt von Vorschriften, welche nur von instruktioneller Bedeutung sind, oder welche dem Richter nur eine Befugniß ertheilen, sofern nicht behauptet wird, daß der Richter die Grenzen der Instruk-

§ 513. Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;

---

tion bzw. der Befugniß überschritten oder die letztere irrthümlich für zwingend gehalten habe. (Zustimmend: Seuffert Anm. 1 b, Gaupp II S. 554, 555, Kleiner II S. 576, Hellmann II S. 414; vgl. auch RG. VI S. 198. A. M. Sonnenschmidt a. a. O. S. 454, welcher u. A. auch eine unrichtige Anwendung der rein fakultativen Vorschriften der §§ 132—143 zur Begründung der Revision für geeignet hält, u. Wach: Die That- und Rechtsfrage S. 18 ff.)

Andererseits liegt eine Gesetzesverletzung vor, wenn aus einer konkreten, die gesetzlichen Merkmale an sich nicht deckenden Thatsache ein Schluß auf eine andere, zu den gesetzlichen Merkmalen gehörende Thatsache nicht gezogen worden ist, obwohl derselbe nach bestehenden Rechtsgrundsätzen nothwendig gezogen werden mußte. Dasselbe gilt, wenn umgekehrt aus einer konkreten Thatsache ein Schluß auf eine den gesetzlichen Merkmalen entsprechende Thatsache gezogen worden ist, welcher nach bestehenden Rechtsgrundsätzen unter keinen Umständen gezogen werden durfte. Sobald aber in derartigen Fällen für das richterliche Ermessen ein, wenn auch noch so geringer Spielraum nach den begleitenden Umständen übrig bleibt — z. B. bei rein thatsächlichen Schlußfolgerungen (aus Indizien) auf die unmittelbar erhebliche Thatsache (Gaupp II S. 556 a. E., Stahl im civ. Arch. 67 S. 113 ff.) — ist der Irrthum nur ein thatsächlicher, der Revision nicht unterliegender. Dagegen liegt wiederum eine rechtsirrthümliche Subsumtion vor, wenn die festgestellten konkreten Thatsachen als den Begriff der gesetzlichen Merkmale ausfüllend vom Instanzrichter erachtet werden, in Wirklichkeit aber nur einzelne Merkmale dieses Begriffs enthalten oder nur einzelne Indizien für das Zutreffen desselben (Stahl a. a. O. S. 101 ff.).

7) Ueber Revision wegen unrichtiger Auslegung einer Urkunde s. RG. I S. 328, 340, II S. 123, 379, III S. 109, 425, VI S. 237, 412, VIII S. 190, IX S. 177, 231, X S. 107, XII S. 19, 27 (sehr weitgehend) u. RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 311, 37 Nr. 168, 38 Nr. 75, ferner RG. bei Stahl a. a. O. S. 120 ff. Sie ist insbesondere zuläßig bei rechtsirrthümlicher Anwendung der Regeln über Auslegung der Rechtsgeschäfte, oder wenn die Auslegung auf Verletzung anderer revisibler Rechtsnormen, z. B. hinsichtlich der Elemente des in Frage kommenden Rechtsgeschäfts, zurückzuführen ist (vgl. auch Sonnenschmidt a. a. O. S. 446, Seuffert § 511 Anm. 5, Kleiner II S. 573, Erythropel in Gruchot, Beitr. XXV S. 292 ff., welcher namentlich auf die Verletzung der Beweisregeln der §§ 380, 381 hinweist und Wach: Die That- und Rechtsfrage S. 20 ff.). Den Urkunden stehen in dieser Hinsicht andere Erklärungen, Geständnisse, Anträge usw. gleich (Wach a. a. O. S. 27); dagegen ist der Revisionsrichter an die Auslegung des Berufungsrichters von in der Sache früher ergangenen Urtheilen nicht gebunden (RG. VII S. 351, Hellmann, Lehrb. S. 745 ff.). Die Grenze der rechtsirrthümlichen und der thatsächlichen Auslegung ist allerdings ziemlich schwankend (vgl. Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 107 ff., Stahl a. a. O. S. 144 ff., der zugleich einige der obigen Urth. d. RG. kritisirt).

8) Die §§ 512, 513 finden für Preußen nach § 52 des AG. z. GVG. auf das zufolge § 40 das. in den durch dieses Gesetz den Amtsgerichten zugewiesenen Angelegenheiten gegebene Rechtsmittel der weiteren Beschwerde entsprechende Anwendung.

§ 513.

Vgl. StrPO. § 377.

1) Die Beantwortung der Frage, ob die Entscheidung auf der Verletzung einer Prozeßvorschrift (§ 512 Anm. 4) beruhe (§ 511 Anm. 8), ist schwierig, weil der Zusammenhang einer solchen Verletzung mit dem beschwerenden Theil der Entscheidung häufig schwer zu erkennen ist oder sich nur im Gebiete von Hypothesen bewegt. Dieselbe wird indessen nicht nur durch die §§ 267, 521, sondern auch wesentlich durch § 513 erleichtert. Auf die Anwendung der hier aufgezählten Prozeßvorschriften haben die Parteien ein unbedingtes Recht, so daß der ursächliche

2. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4. wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
5. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
6. wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
7. wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

N. Entw. § 854. Entw. I. § 462. Entw. II. § 481. Entw. III. § 489. Mot. S. 322—324. Prot. S. 264, 265.

Zusammenhang nicht weiter untersucht wird. Das Gesetz fingirt gewissermaßen, daß durch die Verletzung der Prozeßvorschrift die angefochtene Entscheidung selbst herbeigeführt worden sei. Es handelt sich in ihnen allen um Verletzungen, welche die Grundlagen des Verfahrens berühren; in ihnen soll

„der Zweifel, ob der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Urtheile und der Gesetzesverletzung vorhanden ist, gelöst werden. Daß der Zusammenhang „„stets““ anzunehmen sein soll, sichert gegen die Annahme, als würden durch Aufzählung dieser Fälle andere Fälle, in denen die Entscheidung auf der Verletzung eines Prozeßgesetzes beruht, von der Revision ausgeschlossen. Der Versuch einer Parallele zwischen dem § 513 und der Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde nach preuß. Recht auf die Verletzung bestimmter als wesentlich anerkannter Prozeßvorschriften ist daher als verfehlt zurückzuweisen“ (Mot.).

In den übrigen Fällen wird der Richter nach der konkreten Sachlage zu prüfen haben, ob die Entscheidung auf der Verletzung der Prozeßvorschrift beruht. (Die Behauptung von v. Kries S. 302, daß diese Entscheidung bei allen den äußeren Gang des Verfahrens betreffenden Vorschriften stets negativ ausfallen müsse, geht zu weit.)

2) Nr. 1: Die Besetzung der Gerichte regelt das GVG. bezüglich der Fähigkeit zum Richteramte im Allgemeinen bzw. zu gewissen Richterämtern in den §§ 2—5, 10, 11, 109—114, 127; bezüglich der Zahl der Richter in den §§ 22, 77, 109, 124, 139, 140; bezüglich der Bildung der Kammern bzw. Senate in den §§ 59, 62, 64, 66, 120—122, 132—134, bezüglich der Vertretung durch Hülfsrichter § 69 (vgl. in dieser Hinsicht RG. i. Str.S. III S. 241, 242), bezüglich des Vorsitzes in den §§ 61, 65, 121, 133 (vgl. in letzterer Hinsicht Rechtspr. d. RG. i. Str.S. I S. 414); § 194 Abs. 1 stellt außerdem den Grundsatz auf, daß bei Entscheidungen Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken dürfen. Die Verletzung einer dieser Vorschriften fällt mithin unter Nr. 1 (vgl. jedoch wegen der nur reglementarischen Vorschriften der §§ 61—63 u. 66 des GVG. mit Bezug auf Str.PO. § 377 Nr. 1 Rechtspr. d. RG. i. Str.S. I S. 726, II S. 173, 338, RG. i. Str.S. III S. 8), ebenso aber auch ein Verstoß gegen § 280 der CPO. Vgl. noch § 542 Nr. 1 und Anm. 3 das.

Uebrigens kann dieser Mangel in der Revisionsinstanz nur bezüglich des Berufungsgerichts neu gerügt werden (vgl. § 510 Anm.).

Wegen des Falls, daß eine zum Richteramt überhaupt nicht berufene Person das Urtheil erlassen hat, s. § 542 Anm. 4.

Zweifelhaft ist, ob zur „Besetzung“ auch der Gerichtsschreiber gehört. Dafür scheint zu sprechen, daß derselbe nach den §§ 145 Nr. 2, 149 Abs. 1, 151 (vgl. auch StrPO. § 225) bei allen Verhandlungen zugezogen werden muß, und daß hier die Mot. nicht, wie bei den Nr. 2,

3, die Nichtausdehnung auf den Gerichtsschreiber hervorheben. Dagegen dürfte aber entscheidend in Betracht kommen, daß das Wort „Besetzung" im GVG. §§ 77, 124, 140, 194 ff. stets nur von den Richtern gebraucht worden ist. (So auch Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Endemann II S. 461 Anm. 2, Gaupp II S. 558 u. A. A. M.: Kleiner II S. 579, Hellmann II S. 448 u. Lehrb. S. 736.

3) Nr. 2: — „von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen" — Die Fälle bestimmt § 41. — Die Ausnahme („sofern nicht" usw.) ist durch § 510 geboten, weil gegen den ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschluß nach § 46 Abs. 2 die sofortige Beschwerde stattfindet. — Auf den Gerichtsschreiber bezieht sich, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, trotz § 49 die Nr. 2 sowenig wie die Nr. 3. (So auch Endemann II S. 461 Anm. 2, Sarwey I S. 698 u. A.)

4) Nr. 3: vgl. § 42. Der Beschluß, durch welchen das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt war, kann ebenfalls nur mittels der sofortigen Beschwerde angefochten werden (s. Anm. 3). Vgl. noch § 542 Nr. 3.

5) Nr. 4: vgl. §§ 247 Nr. 1, 509. Die „Zuständigkeit" bzw. „Unzuständigkeit" ist hier in dem weiteren Sinne genommen, in welchem sie nicht blos die sachliche oder örtliche Unzuständigkeit (vgl. §§ 1, 12 ꝛc.), sondern auch die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Rechtsweges mit umfaßt, also auch Fälle, in denen nicht die Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit eines bestimmten Gerichts, sondern der Gerichte überhaupt behauptet wird (§ 528 Nr. 2). [Ebenso Sarwey I S. 698, Petersen §§ 511—513 IV 4, Kleiner II S. 580, Puchelt II S. 364, Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 176 ꝛc. A. M.: v. Bülow Anm. 6, Gaupp II S. 559, Wilm. Levy Anm. 5. Uebrigens hebt Seuffert Anm. 5 mit Recht hervor, daß die Frage müßig sei, da jede Verletzung der Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges nothwendig für das Urtheil kausal sei.]

6) Nr. 5: — „nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten" — gleichviel, ob gar nicht oder durch eine nicht berechtigte Person, ob unter Verletzung prozessualischer oder civilrechtlicher Vorschriften. Hierher gehören die Vorschriften über die gesetzlichen Vertreter (§§ 50—55) und die Prozeßbevollmächtigten (§§ 74—85); vgl. §§ 50 Anm. 2, 54 Anm. 1, 2, 84 Anm. 1—5, 159 Anm. 2 a. E.

— „ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt" — vgl. §§ 85 Abs. 2, 542 Nr. 6.

Der Mangel kann nicht bloß von der nicht gehörig vertretenen Partei selbst, sondern auch von deren Gegner geltend gemacht werden, welcher ein Interesse daran hat, eine Nichtigkeitsklage zu vermeiden (Petersen § 54 I 4 a. E., §§ 511—513 IV 5, Gaupp II S. 560, 561, Seuffert Anm. 6, v. Kries a. a. O. S. 309, Barazetti a. a. O. S. 47 Anm. 92 u. A. A. M. Bolgiano S. 120). Freilich kann dieser nicht die Genehmigung hindern.

An einer dem § 549 Abs. 3 entsprechenden Bestimmung über den Beginn der Revisionsfrist (bei Versäumnißurtheilen der Einspruchsfrist) für die nicht oder nicht gehörig vertretene Partei fehlt es hier. Daraus folgt aber nicht, daß für diese Frist die Zustellung des Urtheils an den falschen Vertreter maßgebend wäre. Vielmehr kann die nicht vertretene Partei das Berufungsurtheil dem Gegner zustellen ohne Rücksicht darauf, ob an den falschen Vertreter schon früher eine Zustellung erfolgt war, und es läuft dann für sie von dieser Zustellung an die Frist des § 514. Vgl. Mot. S. 342. (So auch Gaupp II S. 560, Fitting § 28 Anm. 13).

Die Verletzung des Grundsatzes des wechselseitigen Gehörs (vgl. §§ 119 Anm. 4, 203 Anm. 1) gehört nicht hierher. Der Ausdruck „nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war" weist nur auf das Vertretungsverhältniß, nicht auf sonstige prozessualische Normen hin, insbesondere nicht auf eine ordnungswidrige Ladung. (So auch Endemann II S. 243, Seuffert a. a. O. u. A.; vgl. auch RG. VII S. 361.)

7) Nr. 6: Die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens enthält das GVG. in den §§ 170—176. Die Nr. 6 greift Platz, wenn die Oeffentlichkeit jenen Vor-

schriften zuwider, also in den Fällen, in welchen die Oeffentlichkeit geboten oder verboten, nicht blos der Ausschluß derselben (wie in §§ 172 Abs. 1, 173) gestattet ist, bei der Verhandlung der Sache oder der Verkündung des Urtheils [vgl. Mot. S. 324, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. I S. 298 u. v. Kries a. a. O. S. 234 Anm. 123, Wilm. Levy Anm. 8] ausgeschlossen bzw. bei der Verhandlung der Sache nicht ausgeschlossen war. [A. M. in letzterer Hinsicht bezüglich des gleichlautenden § 377 Nr. 5 der StrPO. Rechtspr. d. RG. i. Str.S. I S. 324, 652. Der Wortlaut des Gesetzes steht jedoch dieser Ansicht nicht zur Seite, und die Mot. stellen ausdrücklich beide Fälle gleich:

„Bei der Zulassung oder Ausschließung der Oeffentlichkeit stehen nicht minder rechtliche Verstöße in Frage."

(Ebenso Seuffert Anm. 7, Petersen §§ 511—513 IV 6, Gaupp II S. 561, Puchelt II S. 365, v. Kries a. a. O. S. 234).]

Die Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit ist derjenigen des Grundsatzes der Oeffentlichkeit hier nicht gleichgestellt. (Anders Bayer. PO. Art. 788 Nr. 5.) Verstöße gegen jenen Grundsatz sind daher nach den allgemeinen Regeln der §§ 511, 512 zu beurtheilen.

8) Nr. 7: Die der Braunschw. PO. § 102 und der Bayer. PO. Art. 788 Nr. 4 entsprechende Fassung ist nach den Mot. im Gegensatz zu der Fassung des N. E. § 854 Nr. 5 (vgl. auch H. E. § 609 Nr. 16): „wenn das Urtheil keine Entscheidungsgründe enthält" gewählt worden, weil die letztere Fassung nicht den Fall deckt, in welchem zwar das Urtheil als Ganzes Entscheidungsgründe hat, nicht aber der anzugreifende Theil der Entscheidung. Es kommt also lediglich darauf an, ob der anzugreifende Theil der Entscheidung mit Entscheidungsgründen versehen ist. Auf den Mangel von Entscheidungsgründen zu einer nicht angegriffenen Entscheidung kann daher die Revision bezüglich der übrigen Entscheidungen ebensowenig gestützt werden, wie andererseits der Mangel von Entscheidungsgründen zu der angegriffenen Entscheidung durch das Vorhandensein von Entscheidungsgründen zu anderen Entscheidungen ersetzt wird. In der RTK. herrschte über diese Bedeutung der Nr. 7 allgemeines Einverständniß, und ein Antrag, welcher dieses durch die Fassung: „wenn der angegriffene Entscheidungsgrund nicht mit Gründen versehen ist" ausdrücken wollte, wurde lediglich aus redaktionellen Gründen abgelehnt. Demnach müssen nicht nur alle Ansprüche (§§ 136, 293), sondern auch alle selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (§§ 137, 275) in den Gründen berücksichtigt werden RG. III S. 388, VI S. 138, VII S. 78, VIII S. 341), auch die der voraufgegangenen Entscheidungen (§ 473), und zwar so, daß klar erhellt, ob ihre Würdigung thatsächlicher oder rechtlicher Natur ist (vgl. Anm. 9 a. E.); desgleichen ist in Betreff der Beweisfrage eine Begründung erforderlich RG. III S. 388, IV S. 212; VI S. 170, VIII S. 15, X S. 124, RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 257 u. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1175, XXVII S. 259, 1161; s. auch Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 109, 110 u. RG. i. Str.S. III S. 147). Dagegen brauchen klare Rechtssätze nicht näher begründet zu werden (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 180).

9) Die materielle Unrichtigkeit der Gründe begründet selbstverständlich niemals eine Nichtigkeit auf Grund der Nr. 7. Wohl aber wird der Revisionsrichter zu prüfen haben, ob die hinzugefügten Gründe in Wirklichkeit Gründe sind oder nur eine nichtssagende Floskel, welche gebraucht wurde, um der Vorschrift der Nr. 7 formell Genüge zu leisten, die rechtliche Ansicht aber, auf welcher die Entscheidung beruht, den Blicken des Revisionsrichters zu entziehen, ob namentlich die Gründe es unklar lassen, ob die Entscheidung auf thatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten beruht. (Vgl. Siebenhaar S. 324, 512*, Seuffert Anm. 8, Endemann II S. 464, Hellmann II S. 450 u. Lehrb. S. 737, Petersen §§ 511—513 IV 7, Gaupp II S. 562, Erythropel in Busch, Zeitschr. III S. 121 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXV S. 298, 299, Wach: Die That- und Rechtsfrage S. 22, Stahl im civ. Arch. 67 S. 128 ff.; RG. II S. 226, III S. 388. Sehr weit geht RG. in D. J. Ztg. 1884 S. 431. Wegen unverständlicher Gründe s. noch RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1178.)

§ 514. Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Revision kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

N. Entw. §§ 836, 837. Entw. I. § 464. Entw. II. § 482. Entw. III. § 490. Mot. S. 314. Prot. S. 265.

§ 515. Die Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Revision gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil die Revision eingelegt werde;
3. die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision.

N. Entw. § 839. Entw. I. § 465. Entw. II. § 483. Entw. III. § 491. Mot. S. 314. Prot. S. 265.

Wegen Bezugnahme auf die Gründe des Vorderrichters vgl. § 505 Anm. 2.

Der Revisionsgrund unter Nr. 7 greift auch in den nach nicht revisibeln Gesetzen zu entscheidenden Streitfällen Platz (RG. VIII S. 341).

10) Auf den Thatbestand kann die Nr. 7 nicht bezogen werden. Dagegen sprechen die Wortfassung („mit Gründen"), welche mit dem Ausdruck „Entscheidungsgründen" (§§ 282, 284 Nr. 4, 526) offenbar gleichbedeutend ist und, wie dieser, den Gegensatz zum „Thatbestand" (§§ 284 Nr. 5, 285, 291, 292) bildet, die Mot. (vgl. Anm. 8) und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Die Quelle der letzteren ist das franz. Recht; der Nichtigkeitsgrund des défaut de motifs aber kann sich schon deshalb nicht auf den Mangel des Thatbestandes beziehen, weil die „Qualitäten" dort nicht von dem Gerichte, sondern von den Parteien angefertigt werden. Auch würde eine derartige Ausdehnung bei einer strengen Durchführung der Nr. 7 zu großen praktischen Unzuträglichkeiten führen, weil vielfach auf das Materielle des Sachverhältnisses zurückgegangen werden müßte. [So auch Hellmann II S. 450. A. M. Puchelt II S. 365 Anm. 16, welcher sich darauf beruft, daß der Thatbestand die thatsächliche Grundlage für die rechtliche Beurtheilung des Falles bildet. Hieraus folgt aber nicht, daß er auch einen Theil der Motive (Gründe), d. h. der richterlichen Erwägung, ausmacht, für welche er vielmehr nur die gegebene Unterlage ist. Nur nach § 516 Nr. 3 bzw. § 524, wenn nämlich die Entscheidung auf dem Mangel beruht (s. § 516 Anm. 6—9), ist hier die Möglichkeit der Revision gegeben. [Vgl. auch Endemann II S. 464, 468, Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 8 c, Gaupp II S. 562, v. Bülow (Halle) in Busch, Zeitschr. IV S. 337, Bähr, Urth. d. RG. S. 230 ff., Wengler: D. Thatbestand S. 19 Anm. 16 [etwas abweichend], RG. II S. 401, 421, IV S. 185, 428, in Seuffert, Arch. 36 Nr. 85, bei Wengler a. a. O. S. 23 ff. u. in D. J. Ztg. 1885 S. 121; s. auch Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 88.]

11) In den Fällen Nr. 1—3, 5 findet auch die Nichtigkeitsklage (§ 542) statt, in den Fällen 1, 3 jedoch nur, wenn die Nichtigkeit nicht mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte.

§§ 514, 515.

1) Die Vorschriften der §§ 514, 515 entsprechen vollständig denjenigen der §§ 477, 479 in Betreff der Berufung (vgl. daher §§ 477 Anm. 1—5, 479 Anm. 1—5). § 478 findet keine Anwendung auf die Revision, da er nirgends allegirt ist. (So auch Puchelt II S. 369, welcher jedoch S. 354 das Gegentheil sagt; für entsprechende Anwendung Endemann II S. 464.)

Wegen der obersten Landesgerichte vgl. E. G. z. CPO. §§ 7, 8.

2) § 514 Abs. 2 bezieht sich nur auf Zustellung durch die Parteien; bei der Zustellung von Amtswegen läuft die Frist für jede der Parteien von der an sie bewirkten Zustellung (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 68).

Auf die Befolgung von § 514 Abs. 2 Satz 2 kann von dem Gegner gültig nicht verzichtet werden (vgl. § 529, RG. X S. 400).

§ 516. Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Revisionsschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge), und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

1. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;
2. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;
3. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatsachen.

In der Revisionsschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Beschwerdegegenstandes angegeben werden, wenn die Zulässigkeit der Revision von diesem Werthe abhängt.

N. Entw. §§ 839–841. Entw. I. § 466. Entw. II. § 484. Entw. III. § 492. Mot. S. 314, 324. Prot. S. 265–267.

---

§ 516.

Vgl. StrPO. § 384, in welcher aber die schriftlichen Revisionsanträge, abweichend von der CPO., eine maßgebende Bedeutung haben.

1) Der Abs. 1 entspricht vollständig dem § 480 Abs. 1. Vgl. noch die Anm. zu §§ 120, 121, 230 Abs. 3.

2) Abs. 2: Die Revisionsanträge (Beschwerden) haben — gleich den Berufungsanträgen (§ 480 Abs. 2) — nur vorbereitende Natur und können bei der mündlichen Verhandlung beliebig erweitert und verändert werden (vgl. § 480 Anm. 2). Eine Folge davon ist, daß das Vorhandensein der Revisionssumme sich erst bei der mündlichen Verhandlung bestimmt (vgl. § 508 Anm. 3).

3) Im Abs. 2 werden ferner die verschiedenen Richtungen angegeben, nach welchen die Begründung der Revisionsanträge erfolgen kann. Was in dieser Beziehung die Revisionsschrift enthalten soll, hat gleichfalls nur vorbereitende Natur.

4) Die Verletzungen des materiellen Rechts fallen vorzugsweise unter Nr. 1. Ueber „Rechtsnorm" vgl. § 512. Ein Antrag, statt „Rechtsnorm" zu setzen: „Rechtsverletzung", wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem konstatirt worden war, daß — abweichend von der preuß. Praxis bezüglich des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde — die Angabe der verletzten Rechtsnorm nicht ein unentbehrliches Erforderniß der Revisionsschrift sei. Vgl. Anm. 3, § 524 Anm. 5.

— „nicht oder nicht richtig angewendet" — vgl. § 512 Anm. 5.

5) Die Nr. 2 betrifft die Verletzungen des Prozeßrechts. In diesen Fällen sind außer der verletzten Rechtsnorm — die nach Nr. 1 auch hier anzugeben ist, indem ohne eine Rechtsverletzung der Fall einer Revision überhaupt nicht vorliegt — die Thatsachen anzugeben, aus denen der Mangel des Verfahrens hervorgeht (vgl. Erythropel in Busch, Zeitschr. III S. 106, Stahl im civ. Arch. 67 S. 130 ff.). Diese Angabe hat zugleich die Bedeutung, daß eine Gesetzesverletzung, welche das Verfahren betrifft, ausdrücklich gerügt werden muß. Hierfür spricht die Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 267, 521. Von den gleichen Anschauungen gehen die Mot. S. 317 aus:

„Es genügt der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen: eine bestimmte Formulirung der angeblich verletzten Rechtsnormen ist nicht erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, zu sagen, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urtheils begründet, von der Partei gerügt wird. Rechtlich ist

die Aufhebung der Urtheils von einer ausdrücklichen Rüge ebenso unabhängig, wie es die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urtheils durch den Revisionsbeklagten ist, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Parteien.

Eine Einschränkung dieser Grundsätze liegt nicht darin, daß Verletzungen von Vorschriften des Verfahrens der ausdrücklichen Rüge bedürfen, wenn das Revisionsgericht faktisch in die Lage gesetzt werden soll, dieselben zu berücksichtigen. Dies hat vielmehr seinen Grund in der vorgesehenen Heilung (§ 521) und außerdem darin, daß manche Verletzungen dieser Art durch Thatsachen begründet werden müssen, welche nur zum Nachweise der Verletzung Bedeutung haben und ohne die Rüge der Verletzung nicht verständlich sind."

(Ebenso Seuffert § 522 Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 749, 760; vgl. auch v. Bülow §§ 515, 516 Anm. 1, Gaupp II S. 564, Kleiner II S. 587 Anm. 1, Wach, Vortr. S. 213; s. auch Prot. S. 270. A. M.: Erythropel a. a. O. S. 125 ff., v. Kries a. a. O. S. 298 Anm. 155, S. 301 ff., 350, 353, nach deren Ansicht die Revision ganz den Charakter eines zwischen den Parteien zu verhandelnden Streits verliert.) Vgl. auch § 524 Anm. 2 u. 4.

Ob der Mangel auf einer irrthümlichen rechtlichen Auffassung oder auf einem bloßen Uebersehen seitens des Richters beruht, ist gleichgültig. Die Verletzung der Prozeßvorschrift als solche genügt (so auch Stahl a. a. O. S. 131 ff.). Es gehören hierher insbesondere auch Fälle, in denen der Grundsatz der Mündlichkeit (§ 119) verletzt ist.

6) Die Nr. 3 bezieht sich auf Fälle, in denen die Verletzung die an sich dem Revisionsrichter entzogene Feststellung des Sachverhältnisses betrifft, aus dem Grunde aber zur Zuständigkeit des Revisionsrichters erwächst, weil behauptet wird, daß in Bezug auf die Feststellung ein Gesetz — materielles oder prozessualisches — verletzt sei. In diesen Fällen sind die Thatsachen zu bezeichnen, welche nach der Behauptung des Revisionsklägers gesetzwidrig festgestellt, (bei der Feststellung) übergangen oder als von den Parteien vorgebracht angenommen sein sollen (vgl. Erythropel a. a. O. S. 107 ff., Wach: Die That- und Rechtsfrage S. 21). Vgl. § 524 Anm. 4.

7) — „festgestellt" — z. B. durch unrichtige Anwendung oder Nichtanwendung der Grundsätze über die Beweislast oder einer bindenden Beweisregel bzw. einer Rechtsvermuthung, oder wenn die Feststellung sich darauf gründet, daß ein gesetzliches Präjudiz nicht oder nicht richtig angewendet ist (vgl. Preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 5 Nr. 2). Auch negative Feststellungen fallen hierunter.

8) — „übergangen" — d. h. wenn eine vorgebrachte Thatsache bei der Feststellung des Sachverhältnisses nicht berücksichtigt (erwähnt, angeführt) worden ist (s. g. Omissionen). Auch hier wird, wie in dem in Anm. 7 erörterten Falle, vorausgesetzt, daß das Uebergehen „unter Verletzung des Gesetzes" geschehen sei (vgl. z. B. §§ 270, 315, 470). Die Uebergehung im Thatbestande verletzt nur dann das Gesetz, wenn dieselbe mit dem Sitzungsprotokoll in Widerspruch steht (vgl. §§ 285 Anm. 1, 524 Anm. 2; RG. IX S. 366). In allen sonstigen Fällen bleibt nur das Berichtigungsverfahren (§ 291). Für den Thatbestand des Berufungsurtheils gilt hier, abgesehen von § 505, nichts anderes als für den des ersten Urtheils (A. M. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. VI S. 183 ff.). Vgl. Anm. 10. Die Thatsachen sind in der Revisionsschrift zu bezeichnen und in der mündlichen Verhandlung zu wiederholen; nöthigenfalls ist auch das Vorbringen zu beweisen (vgl. § 524 Anm. 2, 4). Erfolg kann die Rüge einer solchen Gesetzesverletzung nach § 511 selbstverständlich nur dann haben, wenn die Entscheidung auf derselben beruht; das Uebergehen einer rechtlich unerheblichen Thatsache vermag deshalb niemals die Revision zu begründen. Vgl. auch § 513 Anm. 10.

Nicht unter Nr. 3, sondern unter Nr. 1 gehört der Fall, wenn eine festgestellte Thatsache (selbstverständlich nur eine rechtlich erhebliche) in dem Urtheile nicht gewürdigt oder eine (erhebliche und) nach dem Thatbestand bestrittene Thatsache als rechtlich unerheblich nicht zum Gegenstande der Feststellung gemacht ist. In diesen Fällen ist das Versehen nicht bei der Feststellung begangen, sondern betrifft die Anwendung der Rechtsnorm auf das festgestellte bezw.

§ 517. In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des §. 234 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 843. Entw. I. § 467. Entw. II. § 485. Entw. III. § 493. Mot. — Prot. S. 269.

§ 518. Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Auf diese Anschließung finden die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. § 468. Entw. II. § 486. Entw. III. § 494. Mot. S. 314. Prot. S. 269.

---

festzustellende Sachverhältniß. Einer Angabe solcher übersehenen Thatsachen bedarf es daher nicht; vielmehr hat der Revisionsrichter auch ohne dieselbe die Rechtsverletzung zu beachten (vgl. auch Erythropel a. a. O. S. 109 ff. A. M. bezüglich des letzteren Falles v. Kries a. a. O. S. 341, 342).

9) — „als vorgebracht angenommen" — d. h. wenn in der Feststellung des Sachverhältnisses Thatsachen als vorgebracht bezeichnet sind, welche nicht vorgebracht sind, wenn z. B. im Thatbestande des Urtheils eine Thatsache als bestritten angeführt ist, während sich aus dem Sitzungsprotokolle (§ 285) deren Zugeständniß ergiebt oder umgekehrt. (Vgl. § 524 Anm. 2; s. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1144.)

10) Ein Antrag, unter Streichung der Nr. 3 in § 516 dem § 513 hinzuzusetzen:

„6a) wenn die Entscheidung in klarem Widerspruch mit dem festgestellten Inhalt der Verhandlungen vorgebrachte Thatsachen übergeht oder nicht vorgebrachte Thatsachen unterstellt,"

wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem gegen denselben geltend gemacht worden war, daß er ohne genügenden Grund die Gesetzesverletzungen bei Feststellung des Thatbestandes zu absoluten Gesetzesverletzungen (§ 513) erhebe, und daß er diejenigen Fälle nicht decke, in welchen eine Thatsache, welche überhaupt nicht festzustellen gewesen wäre, festgestellt worden sei (Anm. 9).

11) Abs. 3: Der von der Redaktionskommission der RTK. in Konsequenz des § 508, insbesondere des Abs. 3 das., bei der Revision der zweiten Lesung hinzugefügte Abs. 3 entspricht dem Abs. 3 des § 230; die Vorschrift ist, wie dort, nur instruktioneller Natur und dient zur rascheren Erledigung etwaiger Streitigkeiten über das Vorhandensein der Beschwerdesumme. Vgl. § 508 Anm. 3.

§ 518.

1) — „die Vorschriften — — Berufung" — vgl. §§ 482, 483. Auch beim Ausbleiben des Revisionsklägers ist die Anschließung zulässig (vgl. § 482 Anm. 2, RG. VIII S. 380).

2) Die Anschließung ist durch das Vorhandensein der Revisionssumme für die Anschließungsbeschwerde so wenig bedingt, wie durch die Innehaltung der Revisionsfrist. Letzteres folgt unmittelbar aus § 482 Abs. 1, ersteres aus einer analogen Anwendung jener Bestimmung, welcher der Gedanke zu Grunde liegt, daß die Geltendmachung der Anschließung von der Zulässigkeit der Berufung (Revision) für den Berufungs-(Revisions-)beklagten völlig unabhängig sein soll. So auch gemeinrechtlich, wenn rücksichtlich der Adhäsion die summa appellabilis nicht vorhanden ist (Wetzell S. 753, Renaud S. 561). [Zustimmend: Hellmann II S. 454, Gaupp II S. 566, Seuffert Anm. 2 u. A.]

3) Wird aber die Revision zurückgenommen oder als unzulässig (§ 497) verworfen, so verliert eine Anschließung, bei welcher der Gegenstand der Beschwerde die Revisionssumme nicht erreicht, nach der Regel des § 483 Abs. 1 ihre Wirkung selbst dann, wenn der Revisionsbeklagte sich innerhalb der Revisionsfrist der Revision angeschlossen hat (Abs. 2); denn als selbständige Revision muß sie wegen der mangelnden Summe für unzulässig erachtet werden. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 1, Endemann II S. 470, Sarwey I S. 702 u. A.)

4) Die §§ 511—513 finden selbstverständlich auch auf die Anschlußrevision Anwendung (v. Kries a. a. O. S. 326).

§ 519. Der Revisionsbeklagte hat dem Revisionskläger die Beantwortung der Revision innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge und im Falle der Anschließung deren Begründung nach Vorschrift des §. 516 enthalten.

N. Entw. § 845 Abs. 1. Entw. I. § 469. Entw. II. § 487. Entw. III. § 495. Mot. S. 324. Prot. S. 269.

§ 520. Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

N. Entw. § 845 Abs. 2. Entw. I. § 477. Entw. II. § 488. Entw. III. § 496. Mot. S. 314. Prot. S. 269.

§ 521. Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des §. 267 die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hat.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 489. Entw. III. § 497. Mot. — Prot. S. 269.

§ 522. Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge.

N. Entw. § 847 Abs. 1. Entw. I. § 472. Entw. II. § 490. Entw. III. § 498. Mot. S. 317. Prot. S. 269.

---

§ 519.

1) § 519 entspricht dem § 484. Auch die Anschließungsbeschwerden (Abs. 2) haben nur eine vorbereitende Natur.

2) Da durch die Einlegung der Revision der gesammte Rechtsstreit seiner rechtlichen Seite nach zur Kognition des Revisionsgerichts erwächst, so kann der Revisionsbeklagte auch ohne Anschließung in seinen Anträgen die Verletzung anderer Gesetze als der Revisionskläger rügen, sofern er damit nur die Aufrechterhaltung, nicht die Aufhebung des Berufungsurtheils erzielen will.

Wegen der Kosten der Anschließung im Falle der Zurückweisung der Revision s. RG. VII S. 343.

§ 520.

Vgl. § 485 und die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 3. Wegen des Versäumnißverfahrens s. § 529 Anm. 3.

§ 521.

Vgl. §§ 267, 492. — „bereits in der Berufungsinstanz verloren" — sei es nach § 492, weil die Rüge in erster Instanz unterlassen ist, oder nach §§ 267, 485 wegen Versäumung der Rüge in der Berufungsinstanz selbst.

§ 522.

Vgl. StrPO. § 392.

1) Der § 522 entspricht der Bestimmung des § 487 rücksichtlich der Berufung. Unter „Anträgen" sind auch hier nach allgemeinen Grundsätzen die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge zu verstehen (vgl. § 516 Abs. 2). Diese bilden die Grenzen für die Prüfung des Revisionsgerichts. (S. auch Seuffert Anm. 1, 2 u.A. A. M. Sonnenschmidt a. a. O. S. 469. Vgl. im Uebrigen §§ 487 Anm. 1 u. 524 Anm. 2—5.)

2) Die Regel des § 522 gilt nicht auch für den Berufungsrichter, wenn der Revisionsrichter das Urtheil gänzlich aufgehoben und die Sache an denselben nach § 528 zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat. Eine relative Rechtskraft, wie bei der Nichtig-

§ 523. Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil des Berufungsgerichts ist, insoweit dasselbe durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Revisionsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

N. Entw. § 796. Entw. I. § 473. Entw. II. § 491. Entw. III. § 499. Mot. S. 324. Prot. S. 269.

§ 524. Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urtheile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend. Außer denselben können nur die im §. 516 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden.

N. Entw. § 847 Abs. 2. Entw. I. § 471. Entw. II. § 492. Entw. III. § 500. Mot. S. 324, 325. Prot. S. 269, 270.

---

keitsbeschwerde des preuß. Rechts (Strietborst, Arch. 80 S. 21), ist mit der Natur der Revision nicht vereinbar. Vielmehr ist, soweit nicht § 528 Abs. 2 eine Schranke bildet oder einzelne Theile des Urtheils oder voraufgegangene rechtskräftige Zwischenentscheidungen von der Aufhebung unberührt geblieben sind, die Beurtheilung der Sache eben so frei wie bei Verhandlung der ersten Berufung (vgl. § 528 Anm. 2, 3, Erythropel a. a. O. S. 129 Anm. 4, RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 80, 3 S. 116, Seuffert § 528 Anm. 2 d u. e, jetzt auch Wilm.-Levy § 528 Anm. 3. A. M. früh. Aufl.). Die §§ 251—258 greifen daher von neuem Platz.

§ 523.

Vgl. § 496.

§ 524.

Vgl. StrPO. § 392.

1) Da die thatsächliche Würdigung von der Aufgabe des Revisionsgerichts ausgeschlossen ist (vgl. § 511 Anm. 1), so ergiebt sich von selbst, daß für letzteres bei seiner Entscheidung das in dem Berufungsurtheile festgestellte Sachverhältniß maßgebend sein muß, und daß mithin auch die Parteien bei Begründung bzw. Bekämpfung der Revision von diesem Sachverhältnisse als von etwas Feststehendem auszugehen haben.

„Das in dem angefochtenen Urtheil festgestellte Sachverhältniß umfaßt sowohl alle Vorgänge des Verfahrens, das Vorbringen oder Nichtvorbringen der Parteien und die Erhebung der Beweise, als auch die dem Rechtsstreite selbst zu Grunde liegenden Thatsachen, wie sie sich nach der Würdigung des Richters darstellen." (Mot.)

Das Sachverhältniß geht rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens regelmäßig nur aus dem Thatbestande des Urtheils hervor (vgl. Anm. 2, §§ 285, 505), welchen der Revisionsrichter auszulegen berufen ist (vgl. RG. II S. 143); rücksichtlich der sonstigen Thatsachen, z. B. der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, des Inhalts von Urkunden sowie der prozessualischen Vorgänge, kommen auch sonstige Feststellungen in Betracht (§§ 284 Anm. 3, 285 Anm. 1; vgl. auch § 504 Anm. 3), rücksichtlich der thatsächlichen Würdigung des Ergebnisses der Beweisführung auch die Entscheidungsgründe [Streich in Gruchot, Beitr. XXV S. 248, Möller das. XXVI S. 192 ff.; vgl. RG. V S. 122, 361; Wilm. Levy Anm. 1, Endemann II S. 473].

Von dieser Regel (§ 524 Satz 1) muß aber der Natur der Sache nach alsdann eine Ausnahme gemacht werden, wenn sich die Revision gerade darauf stützt, daß in Bezug auf das Verfahren (§ 516 Nr. 2) oder in Bezug auf die Feststellung des Sachverhältnisses (§ 516 Nr. 3) eine Gesetzesverletzung vorgekommen sei, weil diese Verletzung sich sonst in manchen Fällen nicht würde feststellen lassen. Deshalb wird insoweit auch die Berücksichtigung, d. h. Erörterung und Feststellung, anderer Thatsachen zugelassen (§ 524 Satz 2).

„Die Erörterung und Feststellung der zulässigen neuen Thatsachen muß dem Revisionsgerichte zustehen, da dasselbe andererseits die Begründung der Revision nicht würde prüfen können." (Mot.)

(So auch Gaupp II S. 569, 570, Kleiner II S. 594, 595 u. A. A. M. Erythropel a. a. O. S. 108 ff., welcher gegen den Wortlaut und die Mot. des Gesetzes, worin die Fälle unter Nr. 2 und 3 des § 516 völlig gleichgestellt werden, mit Rücksicht auf das System der Re-

vision und insbesondere die Bestimmung des § 528 nur in Fällen der Nr. 2 eine Beweiserhebung in der Revisionsinstanz selbst gestatten will. Mit Recht hebt übrigens Stahl a. a. O. S. 131 Anm. 36 hervor, daß die Nr. 3, welche sich auch auf die Verletzung materieller Normen — nämlich der civilrechtlichen Präsumtionen und der Regeln über Auslegung von Willenserklärungen — bezieht, hier selbstverständlich nur in Betreff der Verletzung prozessualer Normen in Betracht kommt.)

2) Zu den hiernach zu berücksichtigenden Thatsachen gehören auch solche, deren Feststellung in dem Thatbestande dem Gesetze zuwider unterlassen worden ist (vgl. § 516 Anm. 8; s. auch Fitting § 73 S. 288). Jedoch setzt dies — abgesehen von der Erheblichkeit der Rüge für den endlichen Erfolg — die Nachweisbarkeit der Uebergehung voraus. Nur das Sitzungsprotokoll ist in dieser Beziehung als Beweismittel gegen den Inhalt des Thatbestandes geeignet (§ 285). Hierüber bemerken die Mot.:

„In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach § 285 der Thatbestand des Urtheils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, und daß dieser Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Läßt sich daher auf Grund des Sitzungsprotokolls nicht beweisen, daß eine in den Thatbestand nicht aufgenommene Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sei, so kann die Anfechtung des Urtheils auf eine Omission nur gestützt werden, wenn der Thatbestand auf Grund des § 291 rektifizirt, also in Folge des gestellten Berichtigungsantrages festgestellt worden ist, daß die Partei die betreffende Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe. Ausgeschlossen sind hiernach für die Revisionsinstanz nur alle neuen, die Sache selbst betreffenden thatsächlichen Anführungen und jeder Angriff gegen die rein thatsächliche Würdigung der Sache durch den ersten Richter."

Vgl. § 516 Anm. 8. Wegen Mangels des Thatbestandes s. § 513 Anm. 10.

3) Das Vorbringen solcher Thatsachen, welche sich nicht auf den Rechtsstreit selbst, sondern auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels beziehen, wie z. B. die Behauptung eines Verzichts, des Nichtvorhandenseins der Revisionssumme, wird durch § 524 überhaupt nicht berührt. In dieser Beziehung tritt nach den §§ 497, 529 eine Prüfung des Revisionsgerichts von Amtswegen ein.

Dagegen folgt nicht aus der Verpflichtung des Richters zur amtlichen Prüfung gewisser thatsächlicher Verhältnisse, insbesondere der Prozeßvoraussetzungen, daß eine thatsächliche Feststellung dieser Punkte (z. B. der Zuständigkeitsthatsachen) für den Revisionsrichter nicht bindend sein könne. [S. Wach: Die That- u. Rechtsfrage S. 12 und das dort angeführte Urtheil des RG. (II. Civ.-Sen.) v. 4. Nov. 1880. A. M.: für Strafsachen RG. i. Str.S. IV Nr. 140, V Nr. 115, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 481, Löwe, Komm. z. StrPO. 3. Aufl. § 376 Anm. 2b, 5b; S. 647, 649, für Civil- und Strafsachen Stahl a. a. O. S. 132 ff., 136 ff. u. Hellmann, Lehrb. S. 745.] Das Gleiche gilt bezüglich der thatsächlichen Grundlagen des Gewohnheitsrechts (RG. V S. 361). Vgl. auch § 512 Anm. 2.

4) Daß die im Satz 2 gedachten Thatsachen bei der mündlichen Verhandlung über die Revision vorgebracht werden müssen, wenn sie berücksichtigt werden sollen, folgt aus allgemeinen Grundsätzen und ist in der RTK. von dem Regierungsvertreter ausdrücklich bestätigt worden (vgl. § 516 Anm. 5). Desgleichen ist von demselben als selbstverständlich bezeichnet, daß das Revisionsgericht über die in Rede stehenden Thatsachen die nöthigen Erhebungen entweder selbst anstellen oder durch ein anderes Gericht anstellen lassen könne.

5) Anders als mit den Thatsachen verhält es sich mit den Rechtsnormen. Diese hat das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, gleichviel ob sie von dem Revisionskläger angeführt sind oder nicht. Bei Verletzung von Normen des materiellen Rechts, sofern dieselben nicht unter § 516 Nr. 3 fallen, ist daher eine weitere Begründung der Revisionsanträge (§ 522) überhaupt nicht wesentlich; es genügt die Bemerkung, daß Nichtanwendung oder nicht richtige Anwendung eines Gesetzes vorliege, nebst dem Vortrage des Sachverhältnisses und dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Rechtsverletzung zur Entscheidung des

§ 525. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach §. 511 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.

N. Entw. — Entw. I. § 479. Entw. II. § 498 Abs. 3. Entw. III. § 501. Mot. S. 320—322. Prot. S. 270, 711.

Richters zu bringen. Desgleichen kann, wenn die Revisionsbeschwerde auf die Verletzung einer bestimmten Rechtsnorm gestützt wird, das Revisionsgericht jedoch zwar nicht diese, wohl aber eine andere Rechtsnorm für verletzt erachtet, der Beschwerde wegen dieser Gesetzesverletzung statt gegeben werden. Diese aus der freien Gestaltung der Revision (vgl. § 516 Anm. 4) mit Nothwendigkeit folgende, auch in den Mot. (S. 317) deutlich hervorgehobene Auffassung ist in der RTK. von dem Regierungsvertreter als die richtige bestätigt worden.

§ 525.

1) Die Vorschrift ist eine Konsequenz des § 511 (vgl. § 511 Anm. 3—7). Zur Erläuterung bemerken die Mot.:

> Die Frage, ob z. B. das Reichsrecht oder das gemeine Recht richtig zur Anwendung gebracht sei, ist der Kognition des Revisionsgerichts nicht blos dann zu unterstellen, wenn die Anwendbarkeit der reichsgesetzlichen oder gemeinrechtlichen Norm an sich unstreitig und streitig nur der Inhalt dieser jedenfalls in Anwendung zu bringenden Rechtsnorm ist, sondern zur Kompetenz des Revisionsgerichts gehören auch die Fragen, welche durch den Konflikt des Reichsrechts oder gemeinen Rechts oder des partikularen Rechts entstehen. Hat also z. B. das Berufungsgericht angenommen, daß das Reichsrecht eine partikulare Rechtsnorm nicht aufgehoben habe, und diese Rechtsnorm demgemäß seiner Entscheidung zu Grunde gelegt, so hat das Revisionsgericht festzustellen, ob die Konklusion des Berufungsgerichts als zutreffend angesehen werden kann. Dasselbe gilt, wenn z. B. das Berufungsgericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß das Partikularrecht eine Rechtsnorm des gemeinen Rechts beseitigt habe und deswegen diese Rechtsnorm für unanwendbar erklärt. Hieraus folgt:
>
> Durch § 525 hat nur ausgesprochen werden sollen, daß, wenn die in dem konkreten Falle zur Anwendung zu bringende Rechtsnorm dem der Revision nicht unterliegenden partikularen Rechte entnommen werden muß, die Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt der betreffenden Rechtsnorm für das Revisionsgericht maßgebend sei (vgl. John in Behrend, Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzgebung VII S. 189 ff.)."

[Nach Puchelt II S. 374 trifft diese Ausführung nur soweit zu, als es sich um Reichsgesetze handelt. S. jedoch Petersen §§ 524, 525 II, v. Kries a. a. O. S. 331 ff., Fels a. a. O. S. 84 ff., Hellmann, Lehrb. S. 732 ff. u. A.]

Beispiele s. in RG. V S. 212, 371, 372, VI S. 393.

2) — „das Bestehen und der Inhalt von Gesetzen" — Dies begreift auch die Folgerungen in sich, welche aus dem Gesetze mittels Auslegung gezogen werden. [So auch Erythropel a. a. O. und ein von ihm angeführtes Urth. des RG., abgedruckt in Seuffert, Arch. 36 Nr. 86 S. 121 (Entscheidung über die Zugehörigkeit eines Rechtssatzes zum formellen Prozeßrecht), ferner Hellmann, Lehrb. S. 750 ff., Weismann in Busch, Zeitschr. IX. S. 183, Seuffert Anm. 3, während andere Entsch. d. RG. (II S. 69, VI S. 395, X S. 123) auf entgegengesetztem Standpunkte stehen.] Auch lokale Gewohnheitsrechte gehören hierher (s. RG. V S. 135). Die Entscheidung ist jedoch anfechtbar, wenn sie auf der Verletzung der in § 511 erwähnten Gesetze beruht (RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 10 S. 4).

3) — „nach § 511" — Auf Grund des § 6 d. E. G. z. CPO. steht dem § 511 auch hier § 1 der Verordn. v. 28. Sept. 1879 (RGBl. S. 299) gleich (vgl. § 511 Anm. 4); ein innerer Grund, hier einen Unterschied zu machen, liegt nicht vor (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 749, 750, 758).

§ 526.

Die Bestimmung ist lediglich ein Ausfluß des Satzes, daß eine Revision nur dann begründet ist, wenn die Entscheidung selbst, d. h. der in materielle Rechtskraft übergehende Inhalt des

§ 526. Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.

N. Entw. § 850. Entw. I. § 474. Entw. II. § 493. Entw. III. § 502. Mot. S. 316, 317. Prot. S. 270.

§ 527. Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urtheil aufzuheben.

Erfolgt die Aufhebung des Urtheils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

N. Entw. § 848. Entw. I. § 475. Entw. II. § 494. Entw. III. § 503. Mot. S. 325, 326. Prot. S. 270.

§ 528. Im Falle der Aufhebung des Urtheils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Urtheils (s. § 293), auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 511 Anm. 8). Darnach ist es unzulässig, wegen Unrichtigkeit eines Entscheidungsgrundes oder auch der thatsächlichen Feststellung (§ 516 Nr. 2, 3) das angefochtene Urtheil aufzuheben, sodann aber in der Sache dessen Entscheidung aufrecht zu erhalten (anders Preuß. Deklar. v. 6. April 1839 Art. 11 — GS. S. 126). Vgl. auch § 293 Anm. 2, Endemann II S. 476, Petersen § 526 Anm., Gaupp II S. 571 u. A.

Beispiele s. in RG. IV S. 404, V S. 175, 415, XI S. 242 usw.

§ 527.

Vgl. StrPO. § 393.

1) Die CPO. steht zwar nicht auf dem prinzipiellen Standpunkte des französischen Rechts, daß es Aufgabe des Kassationshofes nur sei, das gesetzwidrige Urtheil aufzuheben (zu vernichten), nicht aber, den Parteien in der Sache Recht zu sprechen (vgl. d. allg. Bem. zu diesem Abschn. unter 1 a. E.); allein die als Regel aufgestellte Ausschließung der thatsächlichen Würdigung von der Thätigkeit des Revisionsgerichts macht es letzterem in vielen Fällen zur Unmöglichkeit, eine Entscheidung in der Sache selbst — in demselben Umfange, wie bei der Berufung (§§ 499, 500) — zu treffen. Der § 527 behandelt nun zunächst jenen negativen Theil der Entscheidung, weil derselbe stets vorkommen muß, während der § 528 sich auf den positiven Theil bezieht, welcher unter besonderen Umständen zugleich vom Revisionsgerichte selbst zu erledigen ist.

2) Abs. 1: „Insoweit — erachtet wird" — Die Aufhebung trifft, wie die Mot. hervorheben, nicht nothwendig das ganze Urtheil dem Streitgegenstande nach, sondern nur denjenigen Theil desselben, welcher auf Verletzung des Gesetzes beruht, desgleichen nicht nothwendig die dem angefochtenen Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen (§ 510) oder die in dem angefochtenen Urtheile enthaltenen Entscheidungen über selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (vgl. auch Vierhaus in Busch, Zeitschr. VI S. 236 ff.). Insoweit eine Aufhebung des angefochtenen Urtheils nicht stattfindet, ist die Revision zurückzuweisen (vgl. z. B. RG. X S. 433). Sofern dies nicht in der Urtheilsformel geschieht, ist in zweiter Instanz von neuem zu verhandeln; eine bloße Zurückweisung in den Gründen genügt nicht (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 2 S. 81).

3) Der Abs. 2 entspricht der Bestimmung des § 501 in Betreff der Berufung; das Ermessen des Revisionsrichters ist jedoch eingeschränkter als das des Berufungsrichters („ist — aufzuheben" statt „kann unter Aufhebung 2c."). Das Verfahren ist hier nur das der Berufungsinstanz (Endemann II S. 478; vgl. § 501 Anm. 4 u. v. Kries a. a. O. S. 336 ff., welcher mehrere Beispiele giebt).

§ 528.

Vgl. StrPO. §§ 394, 398 Abs. 1.

1) Der § 528 handelt von der Entscheidung, welche an die Stelle der aufzu-

Dasselbe hat die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden:

1. wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist;
2. wenn die Aufhebung des Urtheils wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs erfolgt.

Kommt in den Fällen der Nr. 1 und 2 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach §. 511 nicht gestützt werden kann, in Frage, so kann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

N. Entw. §§ 849, 852. Entw. I. § 476. Entw. II. § 495. Entw. III. § 504. Mot. S. 314, 326, 327. Prot. S. 270–272, 707–709.

hebenden zu treten hat (vgl. § 527 Anm. 1). Der Abs. 1 stellt das, was wegen der von der Aufgabe des Revisionsgerichts ausgeschlossenen thatsächlichen Würdigung häufig eintreten muß — nämlich die Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung — an die Spitze; der Abs. 3 dagegen zählt die Fälle auf, in denen das Revisionsgericht selbst in der Sache entscheiden muß.

2) Abs. 1: — „zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung" — In wie weit anderweit zu verhandeln und zu entscheiden ist, richtet sich nach der Tragweite der Aufhebung (§ 527 Anm. 2 u. 3). Soweit die Aufhebung erfolgt ist, muß der Streitgegenstand vor dem Berufungsgerichte — selbst bei gleicher Besetzung desselben wie früher — in den durch die Anträge bestimmten Grenzen (§ 487) von neuem verhandelt und durchaus frei geprüft werden (RG. VI S. 374, XII S. 408, RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 271 und in Fenner u. Mecke, Arch. III Nr. 19, Vierhaus in Busch, Zeitschr. VI S. 237 ff.). Ist das Verfahren nicht aufgehoben, so kann das Berufungsgericht bei Fällung des neuen Urtheils die frühere Beweisaufnahme mit zu Grunde legen, ist aber andererseits an einer neuen Beweisaufnahme grundsätzlich nicht gehindert (vgl. Anm. 3).

Eine relative Rechtskraft tritt nicht ein (vgl. § 522 Anm. 2). Auch eine bei der ersten Verhandlung nicht erhobene Anschlußberufung ist daher bei der anderweiten Verhandlung zulässig [RG. XII S. 408 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 280, Struckmann in Busch, Zeitschr. VI S. 404 ff., Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2e, Hellmann, Lehrb. S. 754. A. M. Vierhaus a. a. O. S. 249 ff. in Konsequenz seiner Auffassung von dem Verhältniß der anderweiten Verhandlung zu dem Revisionsurtheil (vgl. Anm. 3)].

— „an das Berufungsgericht" — d. h. an dasselbe Gericht bezw. an denselben Senat des Gerichts, welches bzw. welcher das Urtheil in der Berufungsinstanz gesprochen hat. Ein von der RTK. bei der ersten Lesung gefaßter Beschluß, daß die Zurückverweisung an einen anderen Senat als an denjenigen, welcher erkannt habe, erfolgen könne (vgl. Württ. PO. Art. 750, P. E. § 680, H. E. § 623, N. E. § 849), wurde später wieder aufgehoben. Die Zurückverweisung an ein anderes Gericht oder an einen anderen Senat desselben Gerichts ist mithin unzulässig. Ein Bedürfniß dazu ist namentlich mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 2 nicht als vorhanden angenommen worden.

Auch die Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz ist ausgeschlossen, selbst in Fällen, in welchen der die Revision begründende Mangel des Verfahrens schon in erster Instanz seinen Ursprung hatte und das Berufungsgericht die darauf gestützte Berufung zurückgewiesen hatte. Erst das Berufungsgericht, an welches die Sache zunächst zurückgeht, ist nach stattgehabter mündlicher Verhandlung in der Lage, die Sache in Gemäßheit der §§ 500, 501 an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. (Ebenso Endemann II S. 479, 483 a. E., Sarwey I S. 709,

Gaupp II S. 573, 574 u. A. A. M. Brettner in Böbiker, Mag. V S. 304.) Anders, wenn nach Abs. 3 erkannt wird (s. Anm. 4). Vgl. § 500.

3) Abs. 2: Entgegen dem Standpunkte des französischen Kassationsrekurses (vgl. auch Bayer. PO. Art. 820) bindet die CPO. das Berufungsgericht bei der von ihm zu erlassenden weiteren Entscheidung (einschließlich der vorausgehenden Verhandlung — s. Bierhaus a. a. O. S. 240) an die rechtliche Beurtheilung des Revisionsgerichts, jedoch nur insoweit, als diese „der Aufhebung zu Grunde gelegt ist". An Rechtsgrundsätze, welche in den Entscheidungsgründen des Revisionsurtheils ausgesprochen werden, auf denen aber die Entscheidung selbst nicht beruht, ist das Berufungsgericht nicht gebunden. (Vgl. RG. VI S. 374, Bierhaus a. a. O. S. 234, Seuffert Anm. 2c.) Ueberhaupt ist im Uebrigen die weitere Verhandlung vor dem Berufungsgerichte ebenso frei wie früher. (Vgl. Anm. 2 a. A.)

> „Soweit nicht Zwischenurtheile entgegenstehen, welche durch die Aufhebung nicht betroffen sind, ist keine Partei in dem Vorbringen neuer Thatsachen oder in der Antretung neuer Beweise behindert" (Mot.).

Das Gericht hat sich eine freie Ueberzeugung über den gesammten Sachverhalt (§ 259) zu verschaffen, auch § 284 zu beobachten (RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1122). Dasselbe ist nicht an seine eigenen früheren Feststellungen, Beweiswürdigungen, Rechtsansichten gebunden; auch in diesem Sinne besteht keine relative Rechtskraft zu Gunsten des in der Revisionsinstanz siegenden Theils (RG. XII S. 408) — anders als im früheren preuß. Prozesse (Striethorst, Arch. 80 S. 21).

Der Ausdruck „rechtliche Beurtheilung" ist nach den Mot. statt „Rechtsnorm" (P. E. § 683, N. E. § 852 Nr. 3), „Rechtsansicht" (Bayer. PO. Art. 820) oder „Rechtsgrundsätze" [Preuß. Dekl. v. 6. April 1839 Art. 11 Abs. 3 (GS. S. 126) und Ges. v. 20. März 1854 § 3 (GS. S. 115), Hann. PO. § 440 Abs. 2, Württ. PO. Art. 750 Abs. 4, H. E. § 623 Abs. 3] gewählt worden, um das Gesetz gegen die Gefahr einer zu engen Auslegung und Anwendung sicher zu stellen. Vgl. auch StrPO. § 398 Abs. 1.

Der Grundsatz des Abs. 2 ist nicht (wie Bierhaus a. a. O. S. 217 ff., bes. 228 ff. und Seuffert das. VII S. 54 ff. annehmen) darauf zurückzuführen, daß das weitere Verfahren vor dem Berufungsgerichte noch einen Theil der Revisionsinstanz bilde, das Revisionsurtheil und das nachfolgende Urtheil des Berufungsgerichts zusammen erst die Entscheidung auf die Revision geben. Dies ist schon deshalb unmöglich, weil gegen das zweite Urtheil des Berufungsgerichts wiederum die Revision zulässig ist, diese aber doch nicht als Theil der ersten Revision angesehen werden kann. Auch widerspricht es der hergebrachten, in der CPO. beibehaltenen Terminologie, nach Zurückverweisung der Sache „zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht" noch von der Fortdauer der Revisionsinstanz zu reden. (Vgl. auch RG. VIII S. 436, XII S. 408, Schultzenstein in Gruchot, Beitr. XXVII S. 301 a. E.) Der Grundsatz des Abs. 2 erklärt sich vielmehr, worauf auch allein die Mot. hinweisen, ausschließlich und hinreichend aus dem Prinzip der Rechtskraft, welches hier gegenüber dem § 293 eine positive Erweiterung erfahren hat, indem sich dieselbe sogar auf bloße Rechtssätze, welche zwischen den Parteien festgestellt sind, erstreckt. Vom legislatorischen Standpunkte aber ist vor allem das Ansehn des höchsten Gerichts und die rasche Erledigung der Prozesse maßgebend. [Uebereinstimmend Struckmann a. a. O. S. 391 ff., Wach, Vortr. S. 215, Petersen §§ 527, 528 II, Siebenhaar S. 517, Seligsohn in Busch, Zeitschr. VIII S. 316 Anm. 50, H. Meyer das. IX S. 360, Brettner a. a. O. S. 303 ff.] Eine Verletzung des Abs. 2 ist Revisionsgrund (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1121).

Auch das Revisionsgericht selbst ist an seine Entscheidung gebunden, sobald die Sache in Folge neuer Revision an dasselbe zur Entscheidung zurückgelangt; denn die zurückverweisende Entscheidung ist ein — und zwar, da ein weiteres Rechtsmittel nicht stattfindet — rechtskräftiges Urtheil (vgl. § 500 Anm. 1, Seuffert Anm. 2f. A. M. Bierhaus a. a. O. S. 230), und es

findet mithin § 289 Anwendung. Wenn bei derselben die Urtheilsformel auch nur auf Aufhebung des zweitinstanzlichen Urtheils und Zurückverweisung lautet, so ist der eigentliche Sinn doch der, daß dem neuen Urtheil die in den Gründen enthaltene rechtliche Beurtheilung zu Grunde gelegt werden soll, und diese Entscheidung muß nach § 289 auch für das entscheidende Gericht selbst bindend sein. [Vgl. auch Striethorst, Arch. 64 S. 247 und Entsch. d. preuß. O.T. 77 S. 116, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 302, ROHG. 12 S. 266, 14 S. 308, Struckmann a. a. O. S. 400 Anm. 7, Seuffert a. a. O. S. 57 Anm. 54, Vierhaus a. a. O. S. 257 (freilich mit anderer Begründung). A. M. Hellmann in Jur. Wochenschr. 1882 S. 213 ff. u. Lehrb. S. 755].

4) Abs. 3: In den hier angeführten Fällen ist das Revisionsgericht verpflichtet, in der Sache selbst zu entscheiden, ein Beweis, daß die CPO. prinzipiell die Entscheidung durch das Revisionsgericht will und die Zurückverweisung an das Berufungsgericht nur da gestattet, wo sie wegen des Ausschlusses der thatsächlichen Würdigung von der Thätigkeit des Revisionsgerichts geboten ist.

Die Mot. (S. 327) bemerken:

> „Ein Endurtheil in der Sache selbst kann das Revisionsgericht, wenn es sich um die unrichtige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz handelt, in Gemäßheit des § 528 Abs. 2 Nr. 1 nur dann erlassen, wenn ihm für dasselbe alle thatsächlichen Grundlagen durch das angefochtene Urtheil gegeben sind, also nur dann, wenn das festgestellte Sachverhältniß ein sofortiges Urtheil gestattet.
>
> Es kann allerdings Fälle geben, in welchen die Ergänzung der Feststellungen durch Einfügung einer als omittirt nachgewiesenen Thatsache wenig bedenklich erscheinen mag, weil nur eine thatsächliche Auffassung derselben möglich zu sein scheint. Jedoch unter anderen Umständen kann selbst die Einführung einer unbestrittenen und nicht blos zu dem Gange des Verfahrens, sondern zu den Umständen des streitigen Falls gehörige Thatsache ein weites Feld thatsächlicher Würdigung eröffnen, z. B. wenn die bezügliche Thatsache nicht unmittelbar und selbständig von Einfluß auf die Entscheidung ist. Eine gesetzliche Sonderung der verschiedenen Fälle zu versuchen, würde zu einer verwirrenden Kasuistik führen. Daß das Revisionsgericht Thatsachen, welche nach dem festgestellten Sachverhältnisse streitig sind, nicht selbst festzustellen hat, ergiebt sich aus den angenommenen Grundsätzen von selbst".

Eine Zurückverweisung muß demnach erfolgen, wenn bei unrichtiger Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz (§§ 516 Nr. 1, 528 Abs. 3 Nr. 1) das in dem Berufungsurtheil festgestellte Sachverhältniß nach Ansicht des Revisionsgerichts als Grundlage für das Endurtheil noch nicht ausreicht, wenn z. B. die Berufung mit Unrecht als unzulässig verworfen ist, oder wenn — abgesehen von den Fällen der Nr. 2 des Abs. 3 — das Verfahren oder die Feststellung des Sachverhältnisses mit Erfolg angegriffen worden ist (§ 516 Nr. 2 u. 3) und mithin zunächst eine Erneuerung des Verfahrens bzw. eine erneuerte Feststellung des Sachverhältnisses erfolgen muß. (Vgl. Petersen §§ 527, 528 III 2, Gaupp II S. 576; zweifelhaft Endemann II S. 481. Abweichend: Seuffert, Anm. 4 u. Hellmann, Lehrb. S. 756, welche — entgegen der sonstigen Terminologie des Gesetzes — die Nr. 1 auch auf die Fälle des § 516 Nr. 2 u. 3 beziehen und daher die Nr. 2 für überflüssig erachten; vgl. unten Anm. 5 a. E.)

Insbesondere muß in den in § 500 hervorgehobenen Fällen stets eine Zurückverweisung erfolgen, weil die erforderliche thatsächliche Feststellung mangelt.

> „Die im § 500 für das Urtheil des Berufungsgerichts aufgestellten Beschränkungen der Entscheidung ergeben sich für das Urtheil des Revisionsgerichts von selbst" (Mot.).

Hat z. B. eine prozeßhindernde Einrede allein den Gegenstand der Verhandlung gebildet, welche nach der Entscheidung des Revisionsgerichts zu verwerfen ist, so ist hierauf nach Nr. 1 zu erkennen und die Sache nach § 500 an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen (s. RG. V S. 89 ff., Seuffert Anm. 1 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 757). [Mit Unrecht erblickt v. Kries a. a. O. S. 346 ff. in der Fassung der Nr. 1 einen Pleonasmus, indem, wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen einer Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolge, die Sache stets zur Endentscheidung reif sei. Denn wenn

die Feststellung in Folge einer unrichtigen Auffassung des Berufungsrichters über das materielle Recht (z. B. den Begriff der culpa) unvollständig war und deshalb ergänzt werden mußte, liegt keineswegs zugleich eine Gesetzesverletzung auf Grund der Nr. 3 des § 516 vor (s. § 516 Anm. 8 a. E.). Andererseits rechnet v. Kries gegen den Wortlaut der Nr. 1 unter dieselbe einzelne Fälle (Z. 5, 6), in denen die Aufhebung auf Grund der Nr. 3 erfolgt ist.]

Ueber die Frage, wie weit der Revisionsrichter auf Grund des Inhalts einer Urkunde selbst erkennen kann, vgl. noch Erythropel in Gruchot, Beitr. XXV S. 300, 301, RG. II S. 379.

„Zur Entscheidung reif" ist die Sache nur, wenn ein unbedingtes Endurtheil (nicht blos ein bedingtes) erlassen werden kann (Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 527, 528 III 2, Gaupp II S. 576, Wilm. Levy Anm. 5. A. M. Endemann II S. 481). Andererseits tritt diese Voraussetzung auch ein, wenn über eine prozeßhindernde Einrede, welche bis dahin allein den Gegenstand der Verhandlung gebildet hat, endgültig entschieden werden kann (RG. V S. 93).

5) in den Fällen der Nr. 2 des Abs. 3 handelt es sich zwar um einen Mangel des Verfahrens; aber die Enthaltung des Revisionsgerichts von der zu erlassenden, die Klage abweisenden Entscheidung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht würde keinen Zweck haben, da die anzuwendenden Rechtsnormen jede thatsächliche Erörterung ausschließen. Eine Verweisung des bei einem unzuständigen Gerichte erhobenen Rechtsstreits vor ein zuständiges (Bayer. PO. Art. 815; vgl. auch StrPO. § 395) ist nicht zulässig; sie würde unter Umständen der Wahl des Klägers unter mehreren zuständigen Gerichten vorgreifen können.

Die Fälle, in welchen die Aufhebung erfolgt, weil das Berufungsgericht sich mit Unrecht für unzuständig oder den Rechtsweg mit Unrecht für unzulässig hält, gehören nicht unter die Nr. 2; in diesen Fällen sind noch häufig zur Sache thatsächliche Feststellungen nothwendig. Vgl. Anm. 4. a. E.

Andere Prozeßvoraussetzungen hier den in Nr. 2 ausdrücklich genannten gleichzustellen, erscheint bei der Fassung der Nr. 2 nicht zulässig. (So auch Wach, Vortr. S. 214. A. M. Seuffert Anm. 4; vgl. auch v. Kries a. a. O. S. 347.)

6) Vor dem Revisionsgerichte ist das Verfahren behufs Aufhebung des Urtheils von dem Verfahren behufs Entscheidung in der Sache selbst nicht getrennt. „Es giebt" — wie die Mot. treffend bemerken — „nur ein Verfahren. Der Ausschluß thatsächlicher Anführungen besteht auch hierbei fort; es bedarf nicht einmal einer weiteren Erörterung der Sache, da ohne vollständige Prüfung derselben auch die Aufhebung des Urtheils nicht erfolgen kann." Vgl. auch § 526.

7) Der Abs. 4 enthält nur eine Konsequenz der Vorschrift des § 511. Die Entwürfe hatten — noch konsequenter — die Zurückverweisung im Falle des Abs. 4 geboten; auf Antrag des Abg. Bähr beschloß jedoch die RTK. aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsgründen, die Zurückverweisung zu einer fakultativen („kann") zu machen, weil in manchen Fällen die Anwendung von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann, für das Revisionsgericht ohne alle Schwierigkeit ist und durch die sofortige Entscheidung in der Sache selbst den Parteien Zeit und Kosten erspart werden.

8) Ein fernerer Antrag, am Schlusse des Paragraphen hinzuzufügen:

> „Im Fall der Zurückweisung der Sache ist die Verurtheilung des einen oder des anderen Theils in die Kosten der Revisionsinstanz von dem endlichen Ausgange des Prozesses abhängig zu machen,"

wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von den Regierungsvertretern darauf hingewiesen war, daß der Zweck des Antragstellers bereits durch die Vorschrift des § 92 erreicht sei. Dieser Hinweis ist allerdings nicht zutreffend, da § 92 Abs. 1 (die Abs. 2 u. 3 beziehen sich auf Spezialfälle) nur den Fall der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels, also des Unterliegens des Revisionsklägers behandelt. Allein aus dem allgemeinen Grundsatze des § 87 Abs. 1 dürfte wenigstens das

§ 529. Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Versäumnißurtheile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben, über die Vertagung der mündlichen Verhandlung, über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden, über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, über den Vortrag der Parteien bei der mündlichen Verhandlung und über die Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten finden auf die Revision entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 853. Entw. I. § 477. Entw. II. § 496. Entw. III. § 505. Mot. S. 327, 328. Prot. S. 272.

---

zu folgern sein, daß nach dem Inhalte des abgelehnten Antrags verfahren werden darf. Eine sofortige Entscheidung des Kostenpunkts ist nur für die Endentscheidung erforderlich (§ 292 Abs. 1). [Vgl. auch Endemann II S. 482, Sarwey I S. 710 Anm. 7, welcher die Befugniß aus Abs. 1 des § 528 herleitet, Kleiner II S. 601. A. M. Puchelt II S. 379. Nach Gaupp I S. 295, II S. 577, Wilm. Levy Anm. 8 u. Seuffert Anm. 7 muß die Entscheidung über die Kosten dem Endurtheil vorbehalten werden.]

Hinsichtlich der Gebühren bildet bei einer Zurückverweisung das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor dem Gerichte unterer Instanz eine Instanz (GKG. §§ 31, 28; vgl. auch GO. f. RA. § 26).

Vgl. übrigens hinsichtlich der Kosten der Revisionsinstanz auch § 92 Abs. 3.

§ 529.

1) Während nach § 520 auch auf die Revisionsinstanz im Allgemeinen die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, zählt § 529 die für die Berufung geltenden besonderen, durch die eigenthümliche Natur eines Rechtsmittelsverfahrens bedingten Vorschriften auf, welche, wie in der Berufungsinstanz, neben jenen allgemeinen Bestimmungen bzw. anstatt derselben zur Anwendung kommen.

2) „Anfechtbarkeit der Versäumnißurtheile" — vgl. §§ 474, 482 Abs. 2; RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 115 Nr. 8.

„Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben" — vgl. §§ 475, 476; RG. V S. 384. Ist der Revisionskläger, welcher die Revision zurückgenommen hat, in dem Verhandlungstermin nicht erschienen, so ist derselbe auf Antrag des Revisionsbeklagten durch Versäumnißurtheil der Revision für verlustig zu erklären (RG. VI S. 430; vgl. §§ 243 Anm. 5, 476 Anm. 3).

„Vertagung der mündlichen Verhandlung" — vgl. § 486.

„Verhandlung prozeßhindernder Einreden" — vgl. § 490. Neue Thatsachen zur Begründung derselben dürfen freilich nicht angeführt werden (§ 524); im Uebrigen aber besteht kein Hinderniß, auch solche prozeßhindernde Einreden nach § 490 Abs. 1 in der Revisionsinstanz anzubringen, auf welche wirksam verzichtet werden kann. (So auch Hellmann II S. 463, 464, Wilm. Levy Anm. 4, jetzt auch Seuffert Anm. 5. A. M. Sarwey I S. 711.)

„Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels" — vgl. § 497. Als Besonderheiten der Revision treten hier hinzu die Revisionssumme (§ 508) bzw. die dieselbe vertretenden Voraussetzungen (§ 509) und ein Gesetz, dessen Verletzung Gegenstand einer Revisionsbeschwerde bilden kann (§ 511). Auch diese Voraussetzungen hat das Gericht nöthigenfalls von Amtswegen zu prüfen (vgl. § 524 Anm. 3).

„Vortrag der Parteien bei der mündlichen Verhandlung" — vgl. § 488.

„Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten" — vgl. § 506.

3) Ueber das Versäumnißverfahren in der Revisionsinstanz äußern die Mot.:

„Ueber dasselbe sind besondere Vorschriften nicht gegeben, weil die entsprechend anzuwendenden Vorschriften der ersten Instanz ausreichen. Die Versäumung der mündlichen Verhandlung durch den Revisionskläger rechtfertigt den Antrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels. Im Falle der Versäumung des Revisionsbeklagten sind die zulässigen neuen Anführungen des Revisionsklägers als zugestanden anzunehmen und, soweit dadurch

Dritter Abschnitt.

Beschwerde.

§ 530. Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

N. Entw. § 814. Entw. I. § 480. Entw. II. § 499. Entw. III. § 506. Mot. S. 329. Prot. S. 272.

---

nicht das in dem angefochtenen Urtheile festgestellte Sachverhältniß alterirt wird, dieses der Entscheidung zu Grunde zu legen. Es ist dabei wie in der Berufungsinstanz der Gesichtspunkt maßgebend, daß das vorhandene Urtheil als Gegenstand des Angriffs auch Gegenstand der Verhandlung ist und daher den Säumigen schützt."

Der von dem Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz handelnde § 504 ist hiernach in § 529 nicht angeführt, weil der Abs. 1 nichts von dem Verfahren erster Instanz Abweichendes enthält, der Abs. 2 aber in dem die Beweisaufnahme betreffenden Schlußsatze nicht auf die Revisionsinstanz paßt [denn — abgesehen von dem Falle des § 524 Satz 2 — findet in der Revisionsinstanz eine Beweisaufnahme nicht statt]. Es kommt also in Gemäßheit des § 520 lediglich § 296 zur entsprechenden Anwendung. Wegen des zulässigen neuen Vorbringens s. § 516 Nr. 2, 3, § 524. [Mit Unrecht bekämpft v. Kries a. a. O. S. 349 ff. diese Konstruktion des Versäumnißverfahrens in der Revisionsinstanz, indem er bestreitet, daß der Verlust des Anspruchs in erster Instanz dem Verlust des Rechtsmittels beim Ausbleiben des Revisionsklägers entspreche (vgl. auch § 504 Anm. 1), und indem er für den Fall des Ausbleibens des Beklagten wegen der angeblichen Verpflichtung des Gerichts, alle Fehler von Amtswegen zu prüfen (vgl. dagegen Gaupp II S. 579, Hellmann, Lehrb. S. 759 ff.; s. auch § 516 Anm. 5) ein jedes Versäumnißverfahren für überflüssig erachtet. Vgl. RG. III S. 196, Seuffert § 520 Anm. 2, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 361, welcher mit Recht hervorhebt, daß die neuen Thatsachen nicht so allgemein gehalten werden dürfen wie die Gründe des § 513.]

Die Anschlußrevision ist, wenn der Revisionsbeklagte ausbleibt, zurückzuweisen. Bleibt der Revisionskläger aus, so gilt für die thatsächlichen Anführungen des Anschließenden dasselbe, was für diejenigen des Revisionsklägers beim Ausbleiben des Revisionsbeklagten gilt (Sarwey I S. 711, Gaupp II S. 579).

4) Der von der RTK. eingefügte § 505 ist zwar in § 529 nicht angeführt; derselbe findet aber sowohl seiner Wortfassung wie seinem Grunde nach offenbar gleichfalls auf die Revisionsinstanz Anwendung. (Ebenso Puchelt II S. 349 Anm. 1.)

Dritter Abschnitt.

Mot. S. 39, 328.

Literatur: Wach, Vortr. S. 99 ff., v. Kries: Die Rechtsmittel usw. S. 376 ff., Barazetti: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde S. 192 ff., Hellmann, Lehrb. S. 760 ff.

1) Gegenüber den Rechtsmitteln der Berufung und der Revision, welche zur Anfechtung der nach verhandeltem Rechtsstreite zwischen den Parteien ergangenen Endurtheile dienen, ist die Beschwerde von einer mehr untergeordneten, nebensächlichen Bedeutung und wird dem entsprechend in einfacheren Formen verhandelt. Sie tritt an die Stelle der gemeinrechtlichen einfachen Querel und der Zwischenappellation (vgl. Wach, Vortr. S. 181). Die Mot. sagen zu ihrer Charakteristik (S. 39):

„Wenn die übrigen auf mündlicher Prozedur beruhenden Rechtsmittel, ihrer ganzen Konstruktion nach, nur solche richterliche Entscheidungen zum Gegenstande haben, welche nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Verhältniß der einen Partei zur andern erfolgte, sachliche Entscheidungen enthalten, so fallen dem Gebiete der Beschwerde Entscheidungen anheim, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen den Parteien und dritten Personen bezielen oder eine sachliche

Entscheidung nicht enthalten. Nur ganz ausnahmsweise sind Entscheidungen, auf welche diese Kriterien nicht passen, dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen, weil die untergeordnete Bedeutung der Entscheidungen die Anwendung der einfacheren Prozeßformen rechtfertigt."

und ferner (S. 328):

„Das — — Rechtsmittel der Beschwerde dient dem doppelten Zwecke, das System der Rechtsmittel zu ergänzen und durch Ausscheiden nebensächlicher Streitpunkte den Stoff des Rechtsstreits für die übrigen Rechtsmittel und damit das Verfahren selbst zu vereinfachen.

Da die Rechtsmittel der Berufung und Revision nur zur Anfechtung der nach verhandeltem Rechtsstreite unter den Parteien ergehenden Endurtheile bestimmt sind, so bedarf es eines weiteren Rechtsmittels für die Fälle, in welchen ohne Endurtheil die Einleitung oder Fortsetzung eines Verfahrens versagt oder aufgehalten wird, ferner für die Fälle, in welchen nur noch die Ausführung eines Endurtheils in Frage steht, endlich für die Entscheidungen, welche Personen außer den Prozeßparteien betreffen."

2) Wo die Beschwerde als Mittel der Anfechtung einer Entscheidung zugelassen worden, ist jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen (§§ 473, 510). Aus diesem Grunde ist die Beschwerde gegen die Entscheidung solcher untergeordneten Streitpunkte zugelassen, deren entgegengesetzte Entscheidung, obwohl von nur mittelbarem Einfluß auf die Entscheidung der Hauptsache, doch ein neues Verfahren in derselben bedingen würde, so daß der Aufschub der endgültigen Entscheidung störend einwirken müßte (vgl. z. B. §§ 46, 229, 371 Abs. 5).

Von dem Beschwerde-Verfahren handeln die §§ 531—539. Besondere Vorschriften gelten für die Beschwerde an die obersten Landesgerichte (EG. z. CPO. § 7 Abs. 5).

3) Eine besondere Art ist die sofortige Beschwerde (§ 540) mit Präklusivfrist.

§ 530.

1) Abweichend von den meisten neueren Gesetzgebungen, zählt die CPO. weder die Fälle, in denen die Beschwerde statthaft ist, im Zusammenhange auf (vgl. Württ. PO. Art. 770, Bad. PO. § 1157, H. E. § 600, N. E. §§ 814, 815) noch ordnet sie dieselben nach Gruppen der Zulässigkeit (Hann. PO. § 453, Bayer. PO. Art. 738), spricht vielmehr die Zulässigkeit an den betreffenden Orten des Gesetzes aus (vgl. §§ 46, 49, 68, 97, 99, 118, 126, 229, 290, 301, 345, 352, 355, 367, 371, 374, 579, 604, 619, 621, 701, 813 Abs. 4, 815, 829) und stellt als einzige allgemeine Kategorie auf: „solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist." Die Formel „das Verfahren betreffend" ist ohne Bedeutung (vgl. Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 243 ff.); das Entscheidende ist, daß es sich um Zurückweisung eines Gesuchs handelt. [Beispiele: Zurückweisung des Gesuchs um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 37 Anm. 3), um Anberaumung eines Termins durch den Vorsitzenden (§§ 193, 233), um Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß (§ 451), Zurückweisung des Arrestgesuchs durch Beschluß (§ 802) usw.]. Ob in diesen Fällen eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, ist gleichgültig. Da — abgesehen von dieser letzteren Kategorie — die Beschwerde nur in den durch die CPO. bestimmten Fällen stattfindet, so ist sie z. B. nicht zu dem Zwecke zulässig, um das Gericht zu veranlassen, das Urtheil seinem verkündeten Inhalt gemäß abzufassen (s. RG. V S. 375: vgl. auch RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 3 S. 167). Ebensowenig findet Beschwerde gegen einen Beschluß statt, durch welchen das Beschwerdegericht das Gericht, welches das Arrestgesuch zurückgewiesen hat, anweist, Arrest zu erkennen (RG. XIV S. 391) oder gegen die Verlegung eines Termins oder Vertagung einer Verhandlung (RG.-Beschl. v. 17. März 1884 — Beschw. Rep. I 14/84).

2) Beschwerden wegen Justizverweigerung und Justizverzögerung unterliegen nicht dem in der CPO. geregelten Beschwerdeverfahren (vgl. z. B. Hann. PO. § 457, Bad. PO. § 1157), auch nicht Beschwerden wegen Unterlassung von Entscheidungen (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 75); ihre Regelung ist Sache der Landesgesetzgebung. [In Preußen werden nach AG. z. GVG. § 85 Beschwerden, welche den Geschäftsbetrieb und Verzögerungen

betreffen, im Aufsichtswege erledigt; wem das Recht der Aufsicht zusteht, bestimmen die §§ 78, 79, 81, 83 das. (vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 55). Vgl. ferner Mecklenburgische Verordn. z. Ausf. d. GVG. v. 17. Mai 1879 § 72 (v. Amsberg, Verordnungen zur Ausf. d. Reichsjustizgesetze für die Großh. M.-Schwerin und M.-Strelitz S. 66, 67.] S. auch hinsichtlich der Vorstände der Anwaltskammern RAO. § 59. Ein Antrag, daß auf derartige Beschwerden das im Instanzenzuge vorgesetzte Gericht entscheiden solle, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von dem Vertreter der Reichsregierung geltend gemacht war, daß der Antrag in das Gebiet der Oberaufsicht und der Disziplin über die Gerichte hineingreife (Prot. z. GVG. S. 144—148). Wegen Justizverweigerungen („verweigerte oder gehemmte Rechtspflege") findet übrigens nach Art. 77 der Reichsverfassung auch eine Beschwerde an den Bundesrath statt, wenn in dem betreffenden Bundesstaate „auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden kann". Auch unterliegen solche einzelne Akte der Justizverweigerung, welche als prozessualische Verfügungen erscheinen, z. B. die Verweigerung einer Terminsansetzung (§ 193), die Aussetzung einer Verhandlung (§ 229), der Beschwerde des § 530 (Gaupp II S. 582).

3) Dagegen werden auf Grund anderer reichsgesetzlicher Vorschriften folgende Beschwerden „nach Maßgabe der §§ 531—538" bzw. „nach Maßgabe der CPO." behandelt:

a) im GKG: gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen der Gerichte (§ 4) — und zwar nicht bloß bezüglich der Höhe angesetzter Gebühren oder der Nothwendigkeit angesetzter Auslagen, sondern auch bezüglich der Zahlungspflicht, d. h. aller Fälle, in denen durch Erinnerung, event. Beschwerde geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung der Normen des Gerichtskostengesetzes, namentlich auch der Abschnitte 6 und 7, angesetzt seien [RG. (vereinigte Civilsen.) v. 15. Febr. 1886 im Preuß. JMBl. 1886 S. 161 ff. A. M. RG. (V. C.-S.) v. 8. Okt. 1883 ebendas. 1883 S. 358], gegen Entscheidungen über die Werthsberechnung bei Gebühren (§§ 16, 17), gegen Festsetzung besonderer Gebühren (§§ 47 Abs. 3, 48 Abs. 2; vgl. Preuß. AG. z. GKG. § 6);

b) in der GO. f. Z. u. S.: gegen Festsetzung der Gebühren für Zeugen und Sachverständige (§ 17);

c) in der GO. f. GV.: gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen der Gerichtsvollzieher (§ 22);

d) in der RAO.: gegen Entscheidungen, durch welche die Beiordnung eines Rechtsanwalts abgelehnt und die Auswahl des beizuordnenden Rechtsanwalts getroffen wird (§§ 35, 36);

e) in der GO. f. RA.: (des Rechtsanwalts) gegen den in § 16 d. GKG. bezeichneten Beschluß (§ 12).

Wegen der „Beschwerde" der Staatsanwaltschaft über unrichtigen Gerichtskostenansatz s. d. Allg. Verf. des preuß. Just.-Min. v. 28. Febr. 1885 (JMBl. S. 90).

4) Außerdem kennen die Reichsjustizgesetze — abgesehen von der nach der StrPO. zu behandelnden Beschwerde (vgl. auch RAO. §§ 69, 89) — eine „Beschwerde", auf welche die Vorschriften dieses Titels keine oder höchstens entsprechende Anwendung finden, nämlich wegen Ablehnung oder Gewährung der Rechtshülfe (vgl. GVG. §§ 159, 160 und § 160 Anm. 3), wegen Handhabung der Sitzungspolizei (GVG. § 183 Anm. 2) und wegen des Geschäftsbetriebes der Anwaltskammern (RAO. §§ 58, 59). Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet regelmäßig die sofortige Beschwerde (§ 540) statt (KO. § 66 Abs. 3).

5) Landesgesetzlich finden die Bestimmungen des vorliegenden Titels vielfach auf Beschwerden in anderen Angelegenheiten Anwendung, z. B. in Preußen:

a) nach dem AG. z. CPO.: gegen die in den §§ 5, 6 bezeichneten Beschlüsse in Ehestreitigkeiten; vgl. auch die §§ 28, 29 das. (s. § 540 Anm. 1, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 244 ff., 264 ff.);

b) nach der Hinterlegungsordnung (§ 86) gegen den Beschluß, durch welchen die Annahme

§ 531. Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.

N. Entw. §§ 817—819. Entw. I. § 481. Entw. II. § 500. Entw. III. § 507. Mot. S. 329, 330. Prot. S. 272, 622, 623.

---

zur vorläufigen Verwahrung oder die Herausgabe aus derselben abgelehnt wird (vgl. auch § 91 das., Struckmann u. Koch a. a. O. S. 477).

c) nach § 33 des AG. z. KO. gegen den Beschluß, durch welchen die Eintragung in das Vorrechtsregister abgelehnt wird (Struckmann u. Koch a. a. O. S. 335).

Wegen der Beschwerden in den durch das AG. z. GVG. (§§ 25, 32) den Amtsgerichten zugewiesenen Angelegenheiten vgl. § 40 das.; gegen Entscheidungen der Gewerbegerichte vgl. AG. z. CPO. § 10. (Struckmann u. Koch a. a. O. S. 30, 247.)

Vgl. auch die Anm. 2 angef. Mecklenb. Verordn. §§ 64—66 (v. Amsberg a. a. O. S. 63) und wegen Württemberg Gaupp II S. 582 ff.

Wegen der sofortigen Beschwerde s. § 540 Anm. 1.

§ 531.

1) Abs. 1: Für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte sind die Landgerichte (GVG. § 71), gegen Entscheidungen der Landgerichte die Oberlandesgerichte (GVG. § 123 Nr. 4), gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte das Reichsgericht (GVG. § 135 Nr. 2) bzw. die obersten Landesgerichte (EG. z. GVG. § 8 Abs. 1) zuständig. Ueber die Beschwerde wegen Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters sowie des Gerichtsschreibers s. § 539.

2) Auf die Zulässigkeit sonstiger Rechtsmittel in der Sache selbst kommt es nicht an.

„Die Beschwerde ist zugelassen ohne Rücksicht darauf, ob in der Sache selbst ein Rechtsmittel (Berufung oder Revision) statthaft ist. Wird daher in der Berufungsinstanz eine Entscheidung erlassen, gegen welche nach § 530 Beschwerde eingelegt werden kann, so wird die Geltendmachung derselben nicht dadurch gehindert, daß das von dem Berufungsgericht erlassene Endurtheil durch ein Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar ist. Für diese Konstruktion war die Erwägung maßgebend, daß vielfach Zweckmäßigkeitsgründe dahin geführt haben, dem Amtsgerichte oder dem Landgerichte als Berufungsgericht Entscheidungen zu übertragen, welche — wie z. B. bei Ablehnung eines Richters — von vornherein einem höheren Gerichte hätten überwiesen werden sollen, oder für welche — wie z. B. bei dem Verfahren gegen Zeugen und Sachverständige — von vornherein die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts hätte bestimmt werden müssen." (Mot.)

3) Abs. 2: Von der „weiteren Beschwerde" des Abs. 2 handeln Freih. v. Völderndorff in Busch, Zeitschr. I S. 17 ff., Brettner das. S. 247 ff., Fitting das. II S. 284 ff., Schmidt das. III S. 20 ff. und v. Kries a. a. O. S. 388 ff., Barazetti a. a. O. S. 217 ff., Hellmann, Lehrb. S. 763 ff. Ueber die einschlagende Praxis des RG. s. Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 110 ff.

Die Voraussetzung ist nicht (wie nach Preuß. Verordn. v. 2. Jan. 1849 § 35; s. auch N. E., P. E. § 703, Bayer. PO. Art. 759 und unten Anm. 6) eine Verletzung des Gesetzes, sondern das Vorhandensein eines „neuen selbständigen Beschwerdegrundes". Ein solcher liegt für den Gegner bzw. den sonst Betheiligten (z. B. Zeugen, Nebenintervenienten usw.) darin, daß der Beschwerde stattgegeben wird. [So auch im Anschluß an die Mot. S. 330: RG. I S. 224, 230, II S. 414, IV S. 362, V S. 432, fast alle Komm., v. Völderndorff a. a. O. S. 22, Fitting a. a. O. S. 284 ff. A. M.: Kleiner II S. 607 wegen der in den Mot. enthaltenen Allegirung von Württ. PO. Art. 777 u. H. E. § 608 (vgl. dagegen Gaupp II S. 569 Anm.*), Uebel II S. 48 u. v. Kries a. a. O. S. 395, wonach „neu" ein Punkt nicht sein könne, der schon von den Parteien zur Sprache gebracht sei, sowie Hellmann a. a. O., welcher in diesem Falle die Selbständigkeit der Beschwerde bestreitet.] Selbstver-

ständlich wird dabei vorausgesetzt, daß gegen die in zweiter Instanz getroffene Entscheidung, auch wenn sie in erster Instanz getroffen wäre, überhaupt eine Beschwerde zulässig ist (s. z. B. §§ 46 Abs. 2, 118), indem es sonst an einem selbständigen Beschwerdegrund fehlt. (Vgl. auch Seuffert Anm. 2c, Petersen § 531 Nr. 2b u. A.).

[Die beiden Ausnahmen, welche v. Völderndorff a. a. O. S. 25—27 von dieser Regel macht — wenn die Entscheidung in dritter Instanz erfolgt ist, und wenn die reformirende Entscheidung des Beschwerdegerichts für den Gegner kein rechtliches Interesse darbietet — sind als solche nicht anzuerkennen. Wegen der ersteren s. Anm. 4; abweichend für die Hann. PO. v. Düring im Neuen Mag. f. hann. Recht VIII S. 87 ff.]

Für den Beschwerdeführer kann ein neuer selbständiger Grund niemals in der Zurückweisung der Beschwerde an sich liegen, wohl aber darin, daß der Richter in dem Beschwerdeverfahren eine Handlung vorgenommen oder unterlassen (z. B. wesentliche Formen des Verfahrens außer Acht gelassen) bzw. eine Entscheidung getroffen hat, welche für Ersteren Grund zu einer selbständigen Beschwerde bildet. In dem letzteren Falle steht daher auch dem Beschwerdeführer selbst die weitere Beschwerde zu [vgl. Prot. z. KO. S. 78 u. RG. I S. 233]. Hierher gehört insbesondere der Fall, wenn die Beschwerde als unzulässig (§ 537) verworfen wird, weil alsdann eine solche, vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung vorliegt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist (§ 530). [Vgl. auch RG. IV S. 362, XII S. 357, XIV S. 387, im R. Anz. 1885 b. Beil. 3 S. 114, 6 S. 298 u. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 309, II S. 209 sowie (verein. Civilsenate) im Preuß. Just. Min. Bl. 1886 S. 165; Seuffert Anm. 2a, Petersen § 531 Nr. 2a, Gaupp II S. 589, v. Bülow Anm. 3, Kleiner II S. 607, Brettner a. a. O. S. 252, v. Kries a. a. O. S. 397, Schmidt a. a. O. S. 20 sowie das von ihm das. mitgetheilte Urth. d. OLG. Celle u. OLG. München das. S. 157 usw. A. M.: Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Fitting a. a. O. S. 286, 290, 291.] Umgekehrt entzieht aber die materielle Billigung der angefochtenen Entscheidung dem in der Verwerfung der Beschwerde als unzulässig enthaltenen neuen Beschwerdegrunde die Eigenschaft der Selbständigkeit und macht damit die weitere Beschwerde unzulässig (RG. V S. 431 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 272, 273). Neu ist eine Beschwerde auch nicht, wenn dem Antrage des Beschwerdeführers auf Grund der ersten Beschwerde theilweise entsprochen war (RG. IV S. 361, XIV S. 321 u. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 76, Seuffert a. a. O.).

In einer von der Begründung der Entscheidung erster Instanz abweichenden verschiedenen materiellen (rechtlichen oder thatsächlichen) Begründung der auf die Beschwerde ergangenen ablehnenden Entscheidung liegt kein neuer (selbständiger) Beschwerdegrund, ja überhaupt kein Beschwerdegrund, da es nur auf die Entscheidung selbst ankommt. Vgl. § 536 Anm. 3. (Aehnlich v. Völderndorff a. a. O. S. 24, 25, Seuffert Anm. 2b, Petersen a. a. O., Hellmann II S. 648, Fitting § 74 Anm. 6 u. a. a. O. S. 290, Schmidt a. a. O. S. 22 u. Brettner a. a. O. S. 250 ff.; vgl. auch Endemann II S. 491, RG. XIV S. 388 u. in D. J. Ztg. X S. 171.) Die weitere Beschwerde ist also auch nicht zulässig, wenn das Beschwerdegericht die auf neue Thatsachen gestützte Beschwerde verworfen hat [so auch RG. I S. 223, IV S. 358 u. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 284, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 509]. Dagegen ist sie zulässig, wenn die beiden Entscheidungen zwar dem äußeren Anschein nach identisch sind, in Wirklichkeit aber die eine ihrer Konsequenzen halber die Lage des Beschwerdeführers ungünstiger gestaltet (RG. XIII S. 325 u. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1127) bzw. eine dem Beschwerdeführer ungünstigere Wirkung hat herbeiführen wollen als die andere (RG. im R. Anz. 1886 b. Beil. 3 S. 151), ebenso bei völligem Uebergehen ausdrücklich geltend gemachter Beschwerdegründe (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 309).

Die Mot. heben hervor, daß die Vorschriften des Abs. 2 der Ausschließung der Revision

§ 532. Die Beschwerde wird bei dem Gericht eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.

---

gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen entspreche. Diese Analogie ist zwar in Folge der von der RTK. beschlossenen Abänderung des § 507 weggefallen (s. § 508 Anm. 1); trotzdem aber ist der § 531 unverändert beibehalten. (Vgl. auch Hann. PO. § 456, H. E. § 608, Württ. PO. Art. 777.) Jener treffende Gedanke der Mot. bleibt daher für die Auslegung bedeutsam. Auf eine Beschwerdesumme (§ 508) kommt es nicht an (Prot. S. 272), ebensowenig darauf, ob die Beschwerde nur partikuläres Recht (vgl. § 511) betrifft. (Vgl. Siebenhaar S. 519 u. A.)

Die weitere Beschwerde ist kein besonderes Rechtsmittel, sondern, wie schon aus der Fassung des Abs. 2 „eine" (nicht „die") „weitere Beschwerde" hervorgeht, nur die Beschwerde in der Richtung gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Voraussetzungen, Folgen und Vorschriften sind daher im Allgemeinen dieselben wie bei der ersten Beschwerde (vgl. Anm. 2, §§ 532 Anm. 7, 533 Anm., 535 Anm. 3, Fitting a. a. O. S. 285, v. Kries a. a. O. S. 393 ff.).

4) Zweifelhaft ist, ob gegen die Entscheidung über die weitere Beschwerde, sofern noch ein höheres Gericht vorhanden ist, beim Vorhandensein eines selbständigen neuen Beschwerdegrundes, also z. B. gegen die Wiederherstellung des erstrichterlichen Beschlusses seitens des Beschwerdegerichts auf weitere Beschwerde, noch wiederum eine weitere Beschwerde stattfindet. Der Wortlaut des Abs. 2 schließt bei seiner negativen Fassung dies nicht aus, und auch der Umstand, daß die CPO. sonst eine vierte Instanz nirgends kennt, dürfte bei der eigenthümlichen Gestaltung dieses Rechtsmittels (vgl. die Mot. in Anm. 2) nicht entgegenstehen; zudem gehen die Mot. z. KO. S. 295 geradezu von der Zulässigkeit aus. [So auch RG. I S. 230, 233, IV S. 360; Seuffert Anm. 2d, Petersen § 531 Nr. 2a u. 2b a. E., Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann II S. 468, 469, Fitting § 74 Anm. 7 u. a. a. O. S. 295. Auch v. Völderndorff a. a. O. S. 25 ist anscheinend in dieser Beziehung nicht anderer Ansicht, da in dem von ihm angeführten Beispiele die Unzulässigkeit der Beschwerde an das Reichsgericht nur aus der mangelnden Neuheit des Beschwerdegrundes hergeleitet wird. A. M. dagegen: Brettner a. a. O. S. 247 ff. und in Busch, Zeitschr. V S. 492 ff., v. Amsberg a. a. O. S. 8, v. Kries a. a. O. S. 398—400, welcher mit Unrecht auf die Analogie der hier ganz andere Bestimmungen enthaltenden StrPO. verweist, und theilweise Hellmann, Lehrb. S. 767.] Indessen ist „neu" ein Beschwerdegrund nicht, welcher überhaupt in einer früheren Instanz schon einmal vorhanden war; es kommt also nicht darauf an, ob die „duae conformes" unmittelbar auf einander folgen (s. Hellmann a. a. O., Fitting a. a. O., RG. II S. 413, IV S. 363, im R. Anz. 1884 b. Beil. 1 S. 10 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 27).

5) § 531 Abs. 2 findet auch auf Beschwerden in Gemäßheit des § 4 Abs. 2 d. GKG. Anwendung [RG. VI S. 410, Seuffert Anm. 3. A. M. Kammergericht z. Berlin in Johow u. Küntzel, Jahrb. I S. 161, welches aber später von dieser Ansicht abgegangen ist (vgl. das. III S. 202 Anm.*)]

6) Für Preußen findet ein Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in erheblich größerem Umfange wegen Gesetzesverletzung (als eine Art Revision; vgl. § 512 Anm. 7) nach § 40 des AG. z. GVG. gegen die Entscheidungen der Landgerichte als Beschwerdegerichte in denjenigen Sachen statt, welche durch das gedachte Gesetz den Amtsgerichten zugewiesen sind (vgl. §§ 25—32 das.), also nicht unter die CPO. fallen. Für die Verhandlung und Entscheidung über dieses Rechtsmittel ist nach § 51 das. das Oberlandesgericht zu Berlin (Kammergericht) ausschließlich zuständig, jedoch vorbehaltlich der Vorschriften des § 56. Das Verfahren regeln die §§ 52—55 das. (Vgl. GVG. § 123 Anm. 5, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 30, 37 ff., 479; s. auch Hinterlegungsordnung § 91.)

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

N. Entw. §§ 822, 823. Entw. I. § 482. Entw. II. § 501. Entw. III. § 508. Mot. S. 330. Prot. S. 272.

---

§ 532.

Vgl. StrPO. § 348.

1) Abs. 1: Die Einlegung der Beschwerde bei dem angegriffenen Gerichte ist nach den Mot. mit Rücksicht auf die Befugniß desselben, der Beschwerde abzuhelfen (§ 534), vorgeschrieben. Vgl. übrigens auch § 535 Abs. 2. Vorgängige Zustellung der angefochtenen Entscheidung ist nicht erforderlich (H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXVII S. 835 ff.). Vgl. § 540 Anm. 2.

2) — „dessen Vorsitzenden" — Derselbe wird als Repräsentant des Gerichts kraft Gesetzes angesehen und deshalb seine Entscheidung wie die des Gerichts selbst behandelt (vgl. §§ 534, 535, 538). Anders nach § 539 beim ersuchten und beauftragten Richter. Für die abweichende Behandlung ist nach den Mot. (S. 332) die Rücksicht auf die Autorität des Vorsitzenden gegenüber den übrigen Mitgliedern des Gerichts maßgebend gewesen. Die §§ 131, 362 Abs. 3 enthalten keine Ausnahmen, „weil hier das Gericht als Kollegium nach Außen auftritt und sich die Grundlagen für die Urtheilsfindung muß beschaffen können, also nicht einzelne von dem Vorsitzenden in seiner Amtssphäre allein überwiesenen Gebieten getroffene Verfügungen in Frage stehen" (Mot.). Vgl. §§ 131 Anm. 1, 2, 666 Anm. 3, 668* Anm. 3, 669 Anm. 4.

3) — „in dringenden Fällen" — z. B. um eine im Zuge befindliche Zwangsvollstreckung abzuwenden (vgl. RG. XII S. 354 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 169). Ob ein dringender Fall vorliegt, hat zunächst der Beschwerdeführer selbst zu beurtheilen; das Beschwerdegericht aber kann, wenn es diese Ansicht nicht theilt, entweder Bericht des angegriffenen Gerichts einfordern oder auch dem Beschwerdeführer sofort aufgeben, die Beschwerde der Regel gemäß bei dem angegriffenen Gerichte einzulegen (vgl. noch § 540 Abs. 2). [Zustimmend: Seuffert Anm. 1, Hellmann II S. 471, Gaupp II S. 591, OLG. München in Busch, Zeitschr. III S. 146 u. A.; vgl. auch Endemann II S. 492, Sarwey I S. 714.] Nicht jeder Fall, in welchem es sich um Erlaß einer einstweiligen Verfügung handelt, ist ein „dringender" (vgl. §§ 816 Abs. 2, 820 Abs. 1, RG. in Blum, Urth. u. Ann. II S. 209).

4) Abs. 2: Die Beschwerdeschrift ist, wie die Mot. bemerken, weil für das Beschwerdegericht, also für ein Kollegialgericht, bestimmt, nach der allgemeinen Vorschrift des § 74 Abs. 1 eine Anwaltsschrift (N. E. § 823 Abs. 2, Nordd. Prot. S. 1560). Ebendeshalb muß sie von einem bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; wenn das Reichsgericht Beschwerdegericht ist, also von einem der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte. Die vereinigten Civilsenate des RG. haben zwar angenommen (RG. I S. 431, Seuffert, Arch. 35 Nr. 324; s. auch RG. VII S. 403, XIV S. 30), daß es in dieser Beziehung darauf ankomme, ob die Beschwerdeschrift bei dem Beschwerdegericht oder bei dem Gericht, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen sei, eingelegt werde. Als Prozeßgericht (§ 74) ist aber nur das Beschwerdegericht anzusehen, dessen Entscheidung angerufen wird; § 534 ändert hierin nichts; vgl. § 540 Abs. 3. (So auch RG. in Seuffert, Arch. 35 Nr. 250; Vierhaus a. a. O. S. 113, 114, Herzog in Böhiker, Mag. I S. 175, Barazetti a. a. O. S. 257; zweifelhaft Wilm. Levy Anm. 6, Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 42. A. M.: Gaupp II S. 591, 592 unter Berufung auf Nordd. Prot. S. 1560, Hellmann, Lehrb. S. 768, Seuffert Anm. 2b, Petersen §§ 532, 533 Nr. 2). Allerdings scheint § 41 Abs. 2 d. GO. f. RA. auf der entgegengesetzten Ansicht zu beruhen. In den besonderen Fällen, in welchen nach der Bestimmung des Abs. 2 die Einlegung

§ 533. Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

N. Entw. — Entw. I. § 483. Entw. II. § 502. Entw. III. § 509. Mot. S. 330. Prot. S. 272.

---

durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen kann (wenngleich nicht erfolgt ist), findet nach dem Grundsatze des § 74 Abs. 2 auch rücksichtlich der Beschwerdeschrift (einschließlich der weiteren Beschwerde) Anwaltszwang nicht statt. Die Mot. sind in dieser Hinsicht nicht ganz korrekt. (S. auch Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Puchelt II S. 384, Petersen a. a. O., Gaupp II S. 592, v. Bülow Anm. 4, RG. III S. 372, Bierhaus a. a. O. S. 113, Willenbücher a. a. O. S. 41. A. M.: Herzog a. a. O. S. 172 ff., Endemann II S. 493 und die von Willenbücher a. a. O. bezeugte Praxis des Kammergerichts, welche die Privatschrift ganz ausschließen.)

— „die Einlegung kann auch — — — erfolgen" — Hierin liegt eine besondere Erleichterung für die Einlegung der Beschwerde in sämmtlichen amtsgerichtlichen und den übrigen hier bezeichneten Sachen. Vgl. auch OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 40 Nr. 75 (Einlegung zum Sitzungsprotokoll des Amtsgerichts).

— „anhängig war" — d. h. in erster Instanz. Die Bestimmung trifft also zu, wenn eine amtsgerichtliche Sache in der Berufungsinstanz schwebt. (So auch Endemann II S. 493, Gaupp II S. 592, Wilm. Levy Anm. 5. A. M. v. Kries a. a. O. S. 71, welcher verkennt, daß die Eigenschaft einer Sache als einer amtsgerichtlichen ihrer präsumtiv geringeren Bedeutung wegen auch für die höhere Instanz leichtere Formen rechtfertigt, und seinerseits die Worte auf den Fall bezieht, in welchem nach Beendigung des Verfahrens vor dem Amtsgerichte die Sache in der Zwangsvollstreckung liegt, einen Fall, in welchem die Sache bei dem Amtsgerichte anhängig ist. Aehnlich Kleiner II S. 611.) — Hierhin gehört auch eine Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren bzw. in einem die Rechtshülfe betreffenden Verfahren, welches als besonderer bei einem Amtsgerichte anhängiger Rechtsstreit anzusehen ist, überhaupt jede Beschwerde gegen eine in erster Instanz von einem Amtsgerichte ergangene Verfügung (RG. XII S. 354).

Ueberhaupt (d. h. auch für die etwaige mündliche Verhandlung; vgl. § 536 Anm. 1) ausgeschlossen ist der Anwaltszwang in den in § 352 Abs. 2 und im GKG. §§ 4, 16, 47 Abs. 2, 48, in GO. f. GV. § 22 u. GO. f. Z. u. S. § 17 u. in RAO. § 35 (vgl. RG. VI S. 392) hervorgehobenen Fällen, nicht aber bei Beschwerden nach § 12 d. GO. f. RA. (vgl. RG. X S. 374). Auch auf Beschwerden gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse der Kollegialgerichte (§ 98) ist die Ausnahme nicht auszudehnen (vgl. § 98 Anm. 2, RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1146).

5) Im Uebrigen unterliegt die Beschwerdeschrift keinen Formvorschriften. Bestimmungen, wie bei der Berufung und Revision in den §§ 479, 480, 515, 516, über den Inhalt finden sich in der CPO. nicht. Der Inhalt muß sich nach dem Zwecke der Beschwerde im einzelnen Falle richten (vgl. auch v. Kries a. a. O. S. 400). Ein Antrag muß vorliegen; dagegen ist Begründung desselben nicht wesentlich. Nur läuft eine Beschwerde ohne Begründung Gefahr, zurückgewiesen zu werden, ohne daß das Beschwerdegericht die Gründe des Beschwerdeführers kennt (Seuffert Anm. 3, Petersen § 532, 533 Nr. 3).

6) Die Wirksamkeit eines Verzichts auf die Beschwerde wird (ohne entsprechende Anwendung des § 475) lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sein. Die Zurücknahme derselben ist auch ohne Einwilligung des Gegners jederzeit zulässig; sie erfolgt durch Mittheilung eines Schriftsatzes oder in der mündlichen Verhandlung. [Vgl. Wilm. Levy Anm. 6 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 670, Petersen § 534 Anm.; N. E. § 831 verweist dagegen auf die entsprechenden Bestimmungen über die Berufung.] Eine Anschließung an die Beschwerde giebt es nicht (Seuffert Anm. 4).

7) § 532 findet auch auf die weitere Beschwerde Anwendung (vgl. § 531 Anm. 3 a. E.).

§ 533.

Die Beschwerde ersetzt die Berufung. Vgl. § 491 Abs. 1. Der § 533 gilt auch von der weiteren und der sofortigen Beschwerde (§§ 531 Abs. 2, 540; vgl. RG. VIII S. 338).

§ 534. Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie derselben abzuhelfen; anderenfalls ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

N. Entw. §§ 824, 825. Entw. I. § 484. Entw. II. § 503. Entw. III. § 510. Mot. S. 330. Prot. S. 272.

§ 535. Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§. 345, 355, 374, 579, 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist.

Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung derselben auszusetzen sei.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

N. Entw. §§ 826, 827. Entw. I. § 485. Entw. II. § 504. Entw. III. § 511. Mot. S. 331. Prot. S. 272, 273, 713.

Die neuen Thatsachen und Beweise sind in der Beschwerdeschrift geltend zu machen, können aber auch noch bei der etwaigen mündlichen Verhandlung oder einer späteren schriftlichen Erklärung (§ 536) geltend gemacht werden. Auch der Gegner kann zur Widerlegung Neuheiten vorbringen, wenn er zu einer Gegenerklärung aufgefordert wird (§ 536 Anm. 1).

§ 534.

Vgl. StrPO. § 348.

1) Durch die nur für die Fälle der sofortigen Beschwerde (§ 540 Abs. 3) ausgeschlossene Befugniß des angegriffenen Gerichts bzw. Vorsitzenden, der Beschwerde abzuhelfen, sei es auf Grund erneuter Erwägung, sei es auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel (§ 533), nimmt die Beschwerde sachlich zugleich den Charakter einer Gegenvorstellung an. Für die Zurücknahme der Verfügung ist die Beobachtung besonderer Formen nicht vorgeschrieben. Eine vorherige Anhörung des Gegners bzw. sonst Betheiligten ist nicht vorgeschrieben, dürfte aber, sofern die Beschwerde auf neue Thatsachen oder Beweise gestützt wird und ein Gegner bzw. sonst Betheiligter überhaupt vorhanden ist, nach allgemeinen Grundsätzen geboten sein (vgl. § 536 Anm. 1). Gegen die abhelfende Entscheidung kann der Gegner Beschwerde einlegen, sofern er nach § 530 überhaupt ein Beschwerderecht hat.

Die Gegenvorstellung als „besonderes" Rechtsmittel (P.E. § 705, Bayer. PO. Art. 755 ff.) kennt die CPO. nicht (Nordd. Prot. S. 1551).

2) Bei Vorlegung der Beschwerde kann der angegriffene Richter in geeigneten Fällen seine Bemerkungen hinzufügen (Nordd. Prot. S. 1556); auf Aufforderung des Beschwerdegerichts ist er zur Ertheilung weiterer thatsächlicher Auskunft verpflichtet (das. S. 1557). Auch hat er ohne besondere Aufforderung erforderlichenfalls die Prozeßakten einzureichen. Ist dieses nicht geschehen, so kann das Beschwerdegericht dieselben unmittelbar oder nach Analogie des § 506 durch den Gerichtsschreiber einfordern. (Zustimmend Petersen § 534 Anm., Gaupp II S. 594.) Der zweite Satz des § 534 gilt auch rücksichtlich der sofortigen Beschwerde.

§ 535.

Vgl. StrPO. § 349.

1) Abs. 1: Als Regel gilt die sofortige Vollstreckbarkeit der der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen. Die Ausnahmen beziehen sich auf Strafverfügungen und Zwangsmaßregeln (gegen Zeugen, Sachverständige und die im ehegerichtlichen Verfahren nicht erschienene Partei), aus deren sofortiger Vollstreckung ein unwiderbringlicher Nachtheil erwachsen kann.

In diesen Ausnahmefällen, welche zu den Fällen der sofortigen Beschwerde (§ 540) nicht gehören, ist zwar die Beschwerde ungeachtet der Suspensivkraft derselben an eine Nothfrist nicht

§ 536. Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann dieselbe in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

N. Entw. § 828. Entw. I. § 486. Entw. II. § 505. Entw. III. § 512. Mot. S. 331. Prot. S. 273.

---

gebunden; allein da mit Vollstreckung der Strafverfügungen und Zwangsmaßregeln bis zum Zeitpunkte der Erhebung der Beschwerde vorgegangen werden kann (§ 702 Nr. 3), so ist wohl kaum zu besorgen, daß die Anfechtung jener Verfügungen häufig erst lange nach ihrem Erlaß erfolgen werde. Die Festsetzung einer Nothfrist in diesen Fällen (H. E. § 602 Abs. 1, N. E. § 820 Abs. 1) ist im Interesse der Zeugen und Sachverständigen unterlassen.

2) Abs. 2: — „kann" — nämlich abgesehen von den im Abs. 1 gedachten Ausnahmsfällen, in welchen die Vollziehung ausgesetzt werden muß.

Umgekehrt ist die Befugniß, in den im Abs. 1 bezeichneten Ausnahmefällen die sofortige Vollziehung anzuordnen, nicht ertheilt. (Zustimmend Sarwey I S. 716.)

3) Die hier in Betreff der Suspensivkraft gegebenen Bestimmungen gelten auch von der weiteren Beschwerde (§ 531 Abs. 2). [S. auch Petersen § 535 Anm., Gaupp II S. 595. A. M. Brettner a. a. O. S. 253, der mit Unrecht annimmt, daß die in § 535 Abs. 1 vorgesehenen Fälle bei der letzteren nicht eintreten können (sie sind z. B. denkbar, wenn die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen wird; vgl. § 531 Anm. 3).]

4) Der Abs. 3 handelt im Gegensatz zum Abs. 2 von der Befugniß des Beschwerdegerichts. Dieselbe bezieht sich nicht blos auf die Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung (wie im Abs. 2), sondern überhaupt auf einstweilige Anordnungen — nicht gleichbedeutend mit „einstweiligen Verfügungen" im Sinne der §§ 814 ff. (vgl. §§ 814—820 Anm. 3; Peters in Gruchot Beitr. XXIX S. 356, 357) —, zu denen z. B. auch eine Aussetzung des Prozeßverfahrens in der Hauptsache gehören kann.

5) Die Anordnungen in den Fällen der Abs. 2 und 3 können auch von Amtswegen erfolgen (Endemann II S. 496, 497).

§ 536.

1) Der § 536 handelt nur von der Thätigkeit des Beschwerdegerichts (so auch Gaupp II S. 598 Nr. III), nicht auch (wie Endemann II S. 497 wenigstens theilweise anzunehmen scheint) zugleich von derjenigen des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten ist, wenn es nach § 534 der Beschwerde abhelfen will. (Daß vor letzterem eine mündliche Verhandlung nicht möglich ist, nimmt auch Endemann II S. 498 an; ebenso Petersen § 534 Anm., Gaupp II S. 598. A. M.: Seuffert § 534 Anm. 1 u. anscheinend Sarwey I S. 717.)

Das Beschwerdegericht ist befugt, aber nicht verpflichtet, vor der Entscheidung den Gegner oder den sonst Betheiligten (Zeugen usw.), sei es mündlich oder schriftlich (vgl. Abs. 2), in gleichzeitiger kontradiktorischer Verhandlung oder in Abwesenheit des Beschwerdeführers zu hören. (Letztere Art des Gehörs, welche allerdings nicht zu einer eigentlichen mündlichen Verhandlung führt, will Hellmann II S. 472 nicht zulassen; vgl. jedoch Petersen §§ 536—538 Nr. 1, Sarwey I S. 717 Anm. 1, Gaupp II S. 596, 597, Fitting § 74 Anm. 17.) S. auch §§ 119 Anm. 4b, 37 Anm. 2. Eine vorherige Anhörung des Gegners oder sonst Betheiligten ist zwar selbst dann nicht vorgeschrieben, wenn sich die Beschwerde auf neue Thatsachen oder Beweise stützt, dürfte aber in diesem Falle nach allgemeinen Grundsätzen geboten sein, sofern ein Gegner oder sonst Betheiligter überhaupt vorhanden ist (vgl. § 534 Anm. 1).

Mündliche Verhandlung wird nur in seltenen Fällen, wenn verwickelte Thatsachen noch streitig sind, anzuwenden sein. Für dieselbe herrscht Anwaltszwang mit Ausnahme der in § 532 Anm. 4 Abs. 6 hervorgehobenen Fälle. [Wilm. Levy Anm. 2d wollen auch diese Ausnahmen nicht gelten lassen; vgl. dagegen Gaupp a. a. O., Kleiner II S. 615; andererseits ver-

§ 537. Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

N. Entw. § 831. Entw. I. § 487. Entw. II. § 506. Entw. III. § 513. Mot. — Prot. S. 273, 711, 712.

§ 538. Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so

---

werfen Seuffert Anm. 1, Petersen a. a. O. u. Gaupp a. a. O. die mündliche Verhandlung stets, wenn nach § 532 Abs. 2 die Einlegung der Beschwerde auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen kann; vgl. aber § 98 Anm. 2, Willenbücher a. a. O. S. 45, Krech und Fischer, d. Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Verm. S. 478.] Den Termin wird das Gericht alsdann sogleich von Amtswegen zu bestimmen haben (so auch Gaupp II S. 597, Wilm. Levy Anm. 2a; zweifelhaft Endemann II S. 497). Wegen der Ladung s. § 119 Anm. 4b. Die Entscheidung ist zweifellos nicht als Urtheil anfechtbar. Ein Versäumnißverfahren ist auch bei mündlicher Verhandlung nicht denkbar, weil das Versäumnißurtheil entweder eine Klage (§§ 295 ff.) oder einen Zwischenstreit (§ 312) voraussetzt, die Beschwerde aber weder das Eine ist, noch das Andere hervorruft, zudem auch die Entscheidung durch Beschluß (vgl. § 536 Anm. 3) erfolgt (s. auch Hellmann II S. 473, Seuffert Anm. 1, Sarwey a. a. O., Fitting § 74, S. 296, Wilm. Levy Anm. 2b u. A.). Das Gericht entscheidet beim Ausbleiben einer oder selbst beider Parteien nach Lage des Falls nach freiem Ermessen. Es tritt also in letzterem Falle kein Ruhen des Verfahrens ein.

Ueber die Verkündung bzw. Zustellung der Entscheidungen vgl. § 294 Abs. 1 und 3. Letztere erfolgt von Amtswegen. Vgl. auch § 538 Anm. 2.

2) Abs. 2: „Ordnet — an" — zweckmäßiger Weise unter Bestimmung einer Frist, nach deren Ablauf ohne weiteres entschieden werden kann.

— „in den Fällen — eingelegt werden darf" — vgl. § 532 Abs. 2. In diesen Fällen ist mithin nach § 74 Abs. 2 der Anwaltszwang auch dann ausgeschlossen, wenn die Erklärung nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben wird (vgl. § 532 Anm. 4).

Außer der Anordnung einer schriftlichen Erklärung kann das Beschwerdegericht auch sonstige Ermittelungen (vgl. §§ 132—135) anstellen, insbesondere Beweis erheben. Ein förmlicher Beweisbeschluß, insbesondere auf Eid, findet jedoch nicht statt (vgl. § 534 Anm. 2, Seuffert a. a. O., Endemann II S. 498, Sarwey a. a. O. u. A.).

3) Wie angemessen es auch ist, daß die Entscheidung mit Gründen versehen wird (der N. E. schrieb dies ausdrücklich vor), so kann doch ein Mangel in dieser Hinsicht an sich keinen Grund zu einer weiteren Beschwerde geben. Denn die Bestimmung des § 284 Nr. 4 bezieht sich nur auf Urtheile, während die Entscheidung über die Beschwerde im Wege des Beschlusses (§ 294) erfolgt, und nach allgemeinen Grundsätzen liegt ein Grund zu einer Beschwerde nur in einer unrichtigen Entscheidung, nicht in einer mangelhaften oder fehlenden Begründung derselben. Indessen kann bei mangelnden Gründen das Beschwerdegericht von seiner Befugniß, weitere thatsächliche Auskunft zu verlangen (§ 534 Anm. 2), Gebrauch machen, und diese Auskunft unter Umständen dahin führen, daß die Entscheidung selbst sich als eine unrichtige herausstellt (vgl. § 531 Anm. 3 a. E.; s. auch Seuffert a. a. O., Wilm. Levy Anm. 2g, Petersen a. a. O., Hellmann II S. 473 u. A.).

§ 537.

Vgl. §§ 306, 497, 529. — Die Prüfung in Betreff der Frist beschränkt sich selbstverständlich auf die sofortige Beschwerde, weil nur diese an eine Frist gebunden ist.

Wegen der weiteren Beschwerde, wenn die Beschwerde als unzulässig verworfen wird, vgl. § 531 Anm. 3.

§ 538.

1) Wird die Beschwerde zurückgewiesen, so ist damit das ganze Beschwerdeverfahren

kann es demjenigen Gericht oder Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen.

N. Entw. § 829. Entw. I. § 488. Entw. II. § 507. Entw. III. § 514. Mot. S. 331. Prot. S. 273.

§ 539. Wird die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen.

Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt.

Die Bestimmung des ersten Absatzes gilt auch für das Reichsgericht.

N. Entw. § 830. Entw. I. § 489. Entw. II. § 508. Entw. III. § 515. Mot. S. 332, 333. Prot. S. 273.

---

von selbst erledigt. Wird sie aber für begründet erachtet, so kann das Beschwerdegericht nach seinem Ermessen die alsdann erforderlich werdende neue Anordnung entweder selbst treffen oder dem angegriffenen Gerichte bzw. Vorsitzenden überlassen (ebenso Württ. PO. Art. 776, N. E. § 829; vgl. Nordd. Prot. S. 1561; anders P. E. § 710 und Mot. dazu S. 181); in letzterem Falle greift selbstverständlich der Grundsatz des § 528 Abs. 2 Platz (vgl. auch § 500 Anm. 1). Besteht die weitere Beschwerde darin, daß das angegriffene Gericht eine Beschwerde wider das untergeordnete Gericht für unzulässig erklärt hat, so hat das über die (weitere) Beschwerde entscheidende Gericht, wenn es dieselbe für begründet erachtet, lediglich den die Unzulässigkeit aufhebenden Beschluß aufzuheben, die Entscheidung über das Begründetsein der Beschwerde aber dem ihm nachgeordneten Gerichte zu überlassen (RG. XIV S. 387).

2) Die CPO. enthält keine Bestimmung darüber (vgl. Hann. PO. § 456 Abs. 2, H. E. § 607), ob die Mittheilung (Zustellung) der über die Beschwerde ergangenen — zurückweisenden wie stattgebenden — Entscheidung an die Parteien, und zwar stets an beide (vgl. § 294 Anm. 5), durch das Beschwerdegericht selbst oder durch das angegriffene Gericht zu erfolgen habe. Hiernach wird anzunehmen sein, daß darüber das Beschwerdegericht nach Lage des einzelnen Falls zu bestimmen hat. (So auch Nordd. Prot. S. 1559, 1560, Seuffert Anm., Kleiner II S. 615; dagegen halten Gaupp II S. 598, Wilm. Levy § 536 Anm. 2b u. Petersen §§ 536—538 Nr. 3 a. E. nur ersteres für zulässig.) Ist jedoch über die Beschwerde im kontradiktorischen Verfahren verhandelt, so muß in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes des § 294 Abs. 1 der Beschluß stets vom Beschwerdegericht selbst verkündet werden. (Zustimmend Sarwey I S. 718.)

Auch über die Art der Rücksendung der Akten an das angegriffene Gericht fehlt es an einer Bestimmung. Da indessen die Vorlegung der Beschwerde, mit welcher regelmäßig die Einsendung der Prozeßakten oder des betreffenden Theils derselben verbunden ist (vgl. § 534 Anm. 2), von Gericht zu Gericht erfolgt (§ 534), so dürfte es das richtigste sein, auch die Rücksendung — abweichend von §§ 506 u. 529 — von Gericht zu Gericht unter Mittheilung der Entscheidung erfolgen zu lassen. (So auch Sarwey I S. 718.)

3) Wegen der Kosten ist, wenn die Beschwerde begründet ist, der § 87, wenn sie unbegründet ist, der § 92 Abs. 1 maßgebend. (Näheres s. bei Altvater im civ. Arch. 63 S. 431 ff.; vgl. auch Willenbücher a. a. O. S. 46, Seuffert Anm. a. E.) Wegen der Gebühren s. GKG. § 45 u. GO. f. RA. § 41.

§ 539.

Vgl. StrPO. § 348 Abs. 3.

1) Die Stellung des beauftragten oder ersuchten Richters, welcher lediglich übertragene Rechte des Gerichts auszuüben hat (§ 331; vgl. Wach I S. 328 ff.) und nur ausnahmsweise befugt ist, selbständig Entscheidungen zu treffen (§§ 207, 330, 365), entspricht es, wie die Mot. hervorheben, daß die Partei, welche die Aenderung einer Anordnung des ersuchten oder beauftragten Richters verlangt, zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen hat, und daß erst gegen letztere die Beschwerde stattfindet (ebenso Hann. PO. § 455 Abs. 2,

§ **540.** Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§. 301 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Nothfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Nothfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Nothfristen erhoben werden.

N. E. § 830; vgl. Norbd. Prot. S. 1562, 1563; anders P. E. § 702); vgl. §§ 532 Anm. 2, 363 Abs. 2. Der beauftragte oder ersuchte Richter (sowie der Gerichtsschreiber) kann übrigens, da seine Verfügungen (vgl. § 294 Anm. 1) nicht dem Grundsatz des § 289 unterliegen, seine beschwerende Verfügung selbst abändern und dadurch das Gesuch erledigen (Seuffert Anm. 2).

Für die Nachsuchung der Entscheidung des Prozeßgerichts ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben (abgesehen von § 540 Abs. 4). Dieselbe unterliegt daher den allgemeinen Regeln über die betreffenden Prozeßhandlungen, insbesondere in Betreff des Anwaltszwanges. Letzterer ist demnach nur ausgeschlossen (§ 74 Abs. 2), wenn das Prozeßgericht selbst ein Amtsgericht ist; die weiteren Ausnahmen des § 532 Abs. 2 gelten nur rücksichtlich der Beschwerde. (So auch Hellmann II S. 475, Petersen § 539 Nr. 1, Gaupp II S. 600, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M.: Seuffert a. a. O., Kleiner II S. 618.) Aus § 74 Abs. 2 folgt jedoch, daß das Abänderungsgesuch in der Verhandlung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stets ohne Anwalt vorgebracht werden kann (so auch Seuffert a. a. O.).

Auf die Entscheidung des Prozeßgerichts findet § 536 Abs. 1 entsprechende Anwendung (Seuffert a. a. O., Hellmann a. a. O., Gaupp II S. 600. A. M.: Petersen a. a. O. und Wilm. Levy Anm. 3, welche unter Umständen mündliche Verhandlung für erforderlich halten).

Da das Abänderungsgesuch keine Beschwerde ist, vielmehr den allgemeineren Zweck verfolgt, Ueberschreitungen des ertheilten Auftrags aufzuheben, so ist dasselbe auch zulässig, wenn gegen die Entscheidungen, falls sie vom Prozeßgerichte erlassen wären, die Beschwerde unzulässig sein würde (Petersen a. a. O., Gaupp a. a. O. A. M.: Seuffert a. a. O., Puchelt II S. 388). Die vom Prozeßgerichte erlassene Entscheidung ist aber stets nur nach § 530 anfechtbar.

2) Der Gerichtsschreiber ist mit dem beauftragten oder ersuchten Richter auf gleiche Linie gestellt, weil auch er lediglich als Beauftragter des Gerichts handelt und eine Abänderung seiner Anordnungen (vgl. z. B. §§ 271, 646, 662, 663, 669, 705) durch das letztere auf dem kürzesten und einfachsten Wege herbeigeführt werden kann.

In Bezug auf die Beschwerde gegen Handlungen, welche der Gerichtsschreiber auf Anordnung des Vorsitzenden vorgenommen hat, vgl. §§ 666 Anm. 3, 669 Anm. 4.

3) Abs. 2: Die Beschwerde ist nicht die weitere Beschwerde, weßhalb die Beschränkung des § 531 Abs. 2 nicht Platz greift (RG. IX S. 384). Die Bestimmung des Abs. 2 findet auf das Reichsgericht keine Anwendung, weil gegen eine Entscheidung des Reichsgerichts überhaupt keine Beschwerde zulässig ist.

4) Der Abs. 3 ist von der RTK. beigefügt, um außer Zweifel zu stellen, daß ungeachtet der Unzulässigkeit der Beschwerde der Abs. 1 auch für das Reichsgericht Geltung hat.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. § 45 Abs. 2 u. GO. f. RA. § 41.

§ 540.

Vgl. StrPO. § 353.

1) Die CPO. hat — abweichend von Hann. PO. § 455, Oldenb. PO. Art. 289 § 2 — für die Erhebung der Beschwerde im Allgemeinen eine Frist nicht vorgeschrieben. Eine Ausnahme tritt nur ein in den Fällen der sofortigen Beschwerde. Diese ist kein besonderes Rechtsmittel, sondern nur eine für gewisse Fälle vorgesehene Abart des einen Rechtsmittels der Be-

Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

In den Fällen des §. 539 muß auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege die Entscheidung des Prozeßgerichts binnen der Nothfrist nachgesucht werden. Das Prozeßgericht hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

N. Entw. §§ 820, 824 Abs. 2. Entw. I. § 490. Entw. II. § 509. Entw. III. § 516. Mot. S. 332, 333. Prot. S. 273.

---

schwerde (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 161). Die Fälle finden sich aufgeführt in den §§ 46, 49, 371 (Zurückweisung der Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen), §§ 68, 126, 352, 367 (Entscheidung eines Zwischenstreits einer Partei mit einem Nebenintervenienten, dem Anwalt des Gegners, einem Zeugen oder Sachverständigen), § 97 (Verurtheilung eines Gerichtsschreibers, gesetzlichen Vertreters usw. in die Prozeßkosten), § 99 (Kostenfestsetzungsbeschluß), § 229 (ablehnende Entscheidung auf ein Gesuch um Aussetzung des Verfahrens), § 290 (Berichtigung des Urtheils), § 301 (Versagung des Versäumnißurtheils), §§ 604, 619, 621 (Beschlüsse, durch welche eine Entmündigung abgelehnt bzw. deren Wiederaufhebung verfügt wird), §§ 813 Abs. 4, 815 (Entscheidung, durch welche ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird), § 701 (Beschlüsse, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können), § 829 (Versagung oder beschränkte Zulassung des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren). Außerdem findet nach der KO. § 66 Abs. 3 gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren die sofortige Beschwerde statt; ebenso nach § 174 das. gegen den Beschluß, durch welchen ein Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen ist.

Allen diesen Fällen ist, wie die Mot. hervorheben, gemeinsam, daß die anzugreifenden Entscheidungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken und daher einer Rechtskraft fähig erscheinen, deren baldiger Eintritt für den ungestörten Fortgang des Verfahrens und für das entgegenstehende Interesse der Betheiligten nothwendig ist.

Für Preußen findet nach § 28 des AG. z. CPO. die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung statt, durch welche das Handelsgericht nach Art. 5 des EG. z. HGB. vom 24. Juni 1861 (GS. S. 449) die Betheiligten zur Befolgung der gesetzlichen Anordnungen über die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister usw. anhält, desgl. nach § 29 das. gegen die Bestätigung der Dispache; ferner nach §§ 9, 25 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102) gegen die bei der Ausführung einer Vollstreckungsmaßregel den Gerichten zustehenden Entscheidungen sowie gegen Entscheidungen im Rangordnungsverfahren (vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 264, 265, 295, 298, 305), ferner nach § 86 d. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen, v. 13. Juli 1883 gegen das Urtheil über Ertheilung oder Versagung des Zuschlags usw.

2) Abs. 2: Die Frist ist eine Nothfrist (vgl. §§ 201, 202, 211, 228). Der Lauf derselben beginnt, nach dem Vorbilde der übrigen Rechtsmittelfristen (§§ 477, 514), in der Regel mit der Zustellung, ausnahmsweise mit der Verkündung. Er beginnt nicht, wenn dem § 294 Abs. 3 zuwider die Zustellung auf Betreiben einer Partei, nicht von Amtswegen, stattgefunden hat (RG. III S. 375 u. im R.Anz. 1883 b. Beil. 10 S. 9. A. M.: Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 115, 116, Fitting das. X S. 15). Eine analoge Anwendung der Vorschrift der §§ 477, 514 (Abs. 2 Satz 2), daß die Einlegung vor Zustellung des Urtheils wirkungslos sei, findet jedoch so wenig hier wie beim Einspruch statt [vgl. § 304 Anm. 1; RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 266, Schmidt in Busch, Zeitschr. IV S. 390 ff. und das dort mitgetheilte Urth. d. OLG. Celle, H. Meyer das. VII S. 71 ff., Francke in Böhmer, Mag. II S. 210 ff., Hellmann, Lehrb. S. 769, Seuffert Anm. 2, Barazetti, Rechtsmittel S. 275 (dieser jedoch mit der willkürlichen Einschränkung, daß die ordnungsmäßige Zustellung wenigstens nach Einlegung der Beschwerde erfolgt sei) u. A. A. M.: OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 106, Meyer (Stettin) in Gruchot, Beitr. XXVII S. 839, Wilm. Levy Anm. 2].

In Betreff der Ausnahme bemerken die Mot.:

„Die für die Fälle der §§ 301 u. 829 ausnahmsweise vorgeschriebene Berechnung der Frist von der Verkündung statt von der Zustellung an soll sicherstellen, daß der Zweck erreicht werde, welchen die Anordnung einer sofortigen Beschwerde in den erwähnten Fällen verfolgt. Ein Gegner, welcher die Beschwerdeschrift durch Zustellung der Entscheidung in Lauf setzt, wird oder kann in jenen Fällen nicht vorhanden sein. Die Erledigung der in Betracht kommenden Fragen würde daher im Widerspruche mit der Zulassung einer sofortigen Beschwerde der Willkür der beschwerten Partei anheimgegeben sein und beliebig hinausgezogen werden können". (Mot.)

3) „Die Einlegung bei dem Beschwerdegericht — erachtet wird" — Hierin liegt eine Modifikation des § 532 Abs. 1 Satz 2, welche dazu dient, eine für den Beschwerdeführer gefährliche Unsicherheit über die Wahrung der Nothfrist durch Einlegung der Beschwerde beim Beschwerdegerichte zu beseitigen (Nordd. Prot. S. 1557).

4) „Liegen die Erfordernisse — erhoben werden" — Diese Bestimmung verfolgt den Zweck, die nur als außerordentliche Rechtsbehelfe dienenden Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§§ 541 ff.) möglichst zu Gunsten der weit einfacheren Beschwerde zu beschränken. Die für diese Klagen geltenden Nothfristen sind in § 549 bestimmt. Vgl. § 541 Anm. 3, 4.

5) Abs. 3: Die Abweichung von § 534 beruht darauf, daß die hier fraglichen Entscheidungen der Rechtskraft fähig sind und die sofortige Beschwerde hier den Ersatz für die Berufung bildet. In Konsequenz dieser Auffassung ist die betreffende Verfügung nicht bloß — wofür die Worte „durch Beschwerde angegriffenen" sprechen würden, wenn sie dispositiver Natur wären — von dem Zeitpunkte an, in welchem sie angegriffen ist, sondern überhaupt nach der Verkündung oder Zustellung unabänderlich. (So auch die Mot.: „Bezüglich des Beschwerdegegenstandes hat die Thätigkeit des Instanzgerichts mit Erlaß der angegriffenen Verfügung ihr Ende erreicht [Nordd. Prot. S. 1552, 1648]", Altvater im civ. Arch. 64 S. 408 ff., Petersen § 540 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 6, Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 36 u. A. A. M.: Wach, Vortr. S. 97, Gaupp II S. 603 Anm. 4, Seuffert Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 325, 770 u. A.) Die Entscheidungen der §§ 68, 126, 352 sind zudem schon als Zwischenurtheile nach § 289 unabänderlich. (Vgl. auch StrPO. § 348 Abs. 2 u. Mot. dazu S. 211 sowie Löwe, Komm. z. StrPO. 3. Aufl. § 353 Anm. 8, 9.)

6) Der Abs. 4 hat, wie die Mot. bemerken, eine deklarative Bedeutung für die Berechnung der Nothfrist einer sofortigen Beschwerde, welche gegen Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters bzw. des Gerichtsschreibers gerichtet ist. Die Entscheidung des Prozeßgerichts muß — abweichend von der Regel des § 539 (vgl. § 539 Anm. 1) — auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege (vgl. § 532 Abs. 2) nachgesucht werden; die Nothfrist läuft von der Zustellung der Entscheidung des beauftragten Richters bzw. des Gerichtsschreibers (Gaupp II S. 603, 604; s. auch RG. IX S. 386). Die Beschwerde kann aber auch vor der Zustellung der Entscheidung eingelegt werden.

7) Soweit der § 540 nicht Abweichungen enthält, finden die allgemeinen Bestimmungen über die Beschwerde (§§ 530—539) auch auf die sofortige Beschwerde Anwendung. Auch die weitere Beschwerde kann nach der Lage des Falls als sofortige vorkommen.

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 541. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen.

Viertes Buch.

1) Die CPO. hat im Anschluß an den P. E. §§ 686, 687 (vgl. auch N. E. §§ 856, 878) unter dem Ausdrucke „Wiederaufnahme des Verfahrens" oder „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens" (§ 541 Abs. 1; vgl. auch StrPO. §§ 399, 402) — der N. E. und P. E. reden von „Wiederaufnahmeklage" — zwei Rechtsbehelfe, die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage, zusammengefaßt, obwohl die Fälle, welche durch den einen oder durch den anderen Rechtsbehelf getroffen werden, innerlich von einander verschieden sind. Die Nichtigkeitsklage trifft Fälle sog. absoluter unheilbarer Nichtigkeit, Fälle, wie sie im gem. Rechte durch die querela insanabilis nullitatis (Wetzell S. 797 ff., Renaud S. 572), im preuß. Recht (AGO. I 16 §§ 2 ff., Verordn. vom 14. Dez. 1833 § 28) durch die Nullitätsklage, in vielen neueren Gesetzgebungen (vgl. z. B. Hann. PO. § 431) durch die Nichtigkeitsbeschwerde berücksichtigt wurden; die Restitutionsklage dagegen Fälle, in welchen aus Rücksichten der Billigkeit die Anfechtung rechtskräftiger Urtheile gestattet ist, Fälle also, für welche im gemeinen Rechte die in integrum restitutio adversus rem judicatam [Tit. Cod. (2, 27) si adversus, Wetzell S. 698 ff., Renaud S. 602], im preuß. Rechte die Restitutionsklage (AGO. I 16 §§ 12 ff.), im franz. Rechte die — übrigens auch Fälle der Nichtigkeit umfassende — requête civile (Code de proc. art. 480), in den meisten neueren Gesetzgebungen (Hann. PO. § 444, Württ. PO. Art. 753, H. E. § 626) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Urtheile (Wiederaufnahme des Verfahrens gegen rechtskräftige Urtheile, Wiederaufnahmeklage) bestimmt waren. Der Grund der Zusammenfassung ist der, daß beide Rechtsbehelfe gegen rechtskräftige Endurtheile gerichtet sind, und daß sie prozessualisch fast durchweg denselben Grundsätzen folgen. (Die innere Verwandtschaft beider hebt dagegen hervor Schwalbach im civ. Arch. 63 S. 122 ff.; indem er andererseits auf die innere Verschiedenheit des Nichtigkeitsfalles in § 542 Nr. 4 und der Fälle Nr. 1—3 das. hinweist, leugnet er einen begrifflichen Unterschied der beiden in Rede stehenden Klagen; ein wirklicher Unterschied finde sich nur in einzelnen Bedingungen ihrer Zulässigkeit (s. § 542). Vgl. auch Bülow das. 64 S. 35, v. Kries, Rechtsmittel S. 466 ff. und andrerseits Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 494, ferner Seuffert S. 630 u. Hellmann, Lehrb. S. 772 ff., welche letzteren beiden mit Recht hervorheben, daß die ersteren Klagen auf Verstöße gegen Prozeßrechtsnormen, ohne Rücksicht auf die materielle Gerechtigkeit des Urtheils, die letzteren umgekehrt auf Verstöße gegen das materielle Recht sich beziehen.

2) § 541 enthält die gemeinschaftlichen Grundregeln für beide Klagen, § 542 behandelt die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage, die §§ 543—546 die der Restitutionsklage; § 547 regelt für beide Klagen die Zuständigkeit, die §§ 548—554 das Verfahren.

Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen.

N. Entw. — Entw. I. § 491. Entw. II. § 510. Entw. III. § 517. Mot. S. 38, 39, 333, 334. Prot. S. 275.

---

§ 541.

1) Der Anspruch auf Wiederaufnahme kann nur durch Klage, nicht auch durch Einrede oder Replik geltend gemacht werden (Endemann II S. 505), ebensowenig mittels der Feststellungsklage des § 231 (Gaupp II S. 605).

Die Klage kann niemals von einer unselbständigen Nebenpartei erhoben werden; dagegen steht letzterer der Beitritt zu der erhobenen Klage nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 63 ff.) offen (vgl. Francke: Die Nebenparteien usw. S. 7).

Wegen der Prozeßvollmacht s. § 77.

2) Abweichend von dem gem., preuß. und franz. Rechte sowie von den meisten neueren Gesetzgebungen, auch dem P. E., wonach die der Wiederaufnahme des Verfahrens entsprechenden Rechtsbehelfe zu den (und zwar meistens zu den außerordentlichen) Rechtsmitteln gerechnet werden, behandelt die CPO. weder die Nichtigkeitsklage noch die Restitutionsklage als Rechtsmittel (vgl. die allg. Bem. z. dritten Buch).

3) Da ein rechtskräftiges (§ 645) Endurtheil (vgl. § 272 Anm. 2) die Voraussetzung beider Rechtsbehelfe bildet, so finden dieselben gegen Entscheidungen, welche der Anfechtung mittels der Beschwerde unterliegen, nicht statt. Ist die einfache Beschwerde zulässig, so kann von dieser zu jeder Zeit Gebrauch gemacht werden (§ 540 Anm. 1); greift die sofortige Beschwerde Platz, so wird durch Verlängerung der Nothfrist für diese Beschwerde geholfen (§ 540 Abs. 2 a. E.).

[Mit Unrecht erklärt Siebenhaar S. 526 ein Urtheil für nicht der Rechtskraft fähig, welches ein sachlich unzuständiges Gericht in einem Falle erlassen hat, wo die Prorogation nach § 40 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Ein derartiges Urtheil existirt als solches, wie jedes andere unrichtige Urtheil und muß als Urtheil respektirt werden. Eine absolute Nichtigkeit desselben ist der CPO. unbekannt. Vgl. § 542 Anm. 1 a. E. Anders in dem § 542 Anm. 4 erwähnten Falle. S. auch Endemann II S. 300, Gaupp II S. 605, Förster (Eccius) I § 56, S. 327, Schwalbach a. a. O. S. 124 ff. u. S. 604 ff. u. Bülow a. a. O. S. 34.]

— „geschlossenen" — Hierdurch wird die Klage gegen ein bedingtes Endurtheil nicht ausgeschlossen, da es gegen ein solches einen andern Rechtsbehelf zur Wiederaufhebung nicht giebt. Vgl. auch §§ 432, 433, 439 Abs. 2 u. EG. z. CPO. § 19 Anm. 1 (Gaupp II S. 606 Nr. I, Seuffert Anm. 1 u. A.). Wegen der Restitution gegen Läuterungsurtheile s. § 553 Anm. 3 a. E.

Gegen Beschlüsse und Zwischenurtheile findet eine selbständige Wiederaufnahme nicht statt (vgl. § 546); ob gegen Zwischenurtheile, welche in Ansehung der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellt sind (§§ 248, 276, 502, 562), ist zweifelhaft, da nach der Terminologie der CPO. die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu den Rechtsmitteln gehört. Für die Bejahung dürfte aber sprechen, daß derartige Urtheile, wenn sie von der höheren Instanz erlassen sind, nicht unter § 546 fallen, sowie der Umstand, daß §§ 541 ff. dem P. E. nachgebildet sind, welcher die Wiederaufnahme zu den „Rechtsmitteln" rechnet. (So auch Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 541 Nr. 1, Brinkmann, Begründung d. Klagen II S. 582 Anm. 4, 6, Hellmann II S. 479, anscheinend auch Seuffert Anm. 1.)

4) Abs. 2: Die Restitutionsklage soll nach den Mot. zurücktreten, weil sie in ihrer Wirkung — wenigstens thatsächlich in der Regel — nicht so weit reicht wie die Nichtigkeitsklage und durch die letztere gegenstandslos werden kann. (Vgl. auch Gaupp II S. 606, 607. A. M. theilweise Schwalbach a. a. O. S. 123.) Die Aussetzung geschieht auch von Amtswegen. Gegen den Beschluß findet nach § 229 Beschwerde statt.

§ 542. Die Nichtigkeitsklage findet statt:
1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
2. wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

In den Fällen Nr. 1, 3 findet die Klage nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte.

N. Entw. — Entw. I. § 492. Entw. II. § 511. Entw. III. § 518. Mot. S. 334, 335. Prot. S. 275, 276.

---

§ 542.

1) Im Interesse der durch die Rechtssicherheit geforderten möglichsten Aufrechterhaltung rechtskräftiger Urtheile ist die Nichtigkeitsklage auf wenige scharf begrenzte Fälle der Verletzung wesentlicher prozessualischer Normen beschränkt. Die Fälle unter Nr. 1 und 3 sowie der Abs. 2 sind von der RTK. auf Antrag des Abg. Wolffson hinzugefügt worden.

Nach manchen Gesetzgebungen ist in allen diesen Fällen (so Hann. PO. § 431, Württ. PO. Art. 733, H. E. § 609), nach anderen in einem Theil dieser Fälle (so Preuß. AGO. I 16 § 2, Preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 5) nur das devolutive Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. In der CPO. ist außer der Revision die Nichtigkeitsklage gegeben, um auch die Anfechtbarkeit der in letzter Instanz ergangenen Urtheile beim Vorhandensein eines der Nichtigkeitsgründe unter Nr. 1—4 zu ermöglichen, und um die Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe von der Wahrung der Rechtsmittelfristen unabhängig zu machen (vgl. § 549).

Wegen des Inhalts der Entscheidung (z. B. weil das Gericht gegen verbietende Gesetze entschieden hat) findet niemals eine Nichtigkeitsklage statt. Das betreffende Urtheil wird ungeachtet der Gesetzwidrigkeit seines Inhalts unanfechtbar und wie jedes andere Urtheil vollstreckbar. Eine Nichtigkeit ipso jure (s. Siebenhaar S. 524 Anm. **, Hellmann, Lehrb. S. 772) kennt die CPO. nicht (vgl. § 541 Anm. 3).

2) Nr. 1: vgl. § 513 Nr. 1.

3) Nr. 2: vgl. § 513 Nr. 2. Die dort fehlenden Worte „oder Rechtsmittels" sind hier von der RTK. auf Antrag des Abg. Becker beigefügt worden, um die Nichtigkeitsklage auch für die Fälle auszuschließen, in welchen das Hinderniß bereits den Gegenstand einer im Wege der Berufung oder Revision ohne Erfolg geltend gemachten Beschwerde gebildet hatte.

— „ohne Erfolg" — d. h. bis zur rechtskräftigen Zurückweisung (Mot. S. 335, Prot. S. 560).

4) Der Fall, daß eine zum Richteramt überhaupt nicht berufene Person das Urtheil erlassen hat (vgl. Preuß. AGO. I 16 § 2), gehört nicht hierher.

„In diesem Falle liegt materiell ein Urtheil nicht vor und bedarf es zu dessen Beseitigung weder der Einlegung eines Rechtsmittels noch der Wiederaufnahme des Verfahrens. Würde versucht, das Urtheil z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung zur Geltung zu bringen, so muß der Einwand, daß ein Urtheil überhaupt nicht vorliege [vgl. Erk. d. preuß. Obertribunals v. 27. Juni 1861 (Striethorst, Archiv Bd. 42 S. 218)], Erfolg haben" (Mot.).

(Vgl. auch Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 493 Anm. **, Gaupp II S. 604, 605, 608, Seuffert Anm. 1.)

5) Nr. 3: vgl. § 513 Nr. 3.

§ **543.** Die Restitutionsklage findet statt:
1. wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
2. wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
3. wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urtheil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;

---

6) Nr. 4: vgl. §§ 513 Nr. 5, 867 Nr. 3 und wegen der Frist § 549 Anm. 4. Der Mangel der Zustellung der Ladung zur mündlichen Verhandlung, in welcher das Versäumnißurtheil ergangen ist, gehört nicht hierher (RG. VII S. 361).

Die Bemerkung der Mot.:

„Ob der Mangel der Vertretung im Prozesse geltend gemacht worden oder nicht, ist unter allen Umständen ohne Einfluß, da jedenfalls die Partei hierbei nicht vertreten gewesen ist,"

kann nur den Fall betreffen, wenn der Mangel nicht von der Partei selbst oder deren wirklichem Vertreter geltend gemacht ist (Puchelt II S. 394). Die Genehmigung, welche auch außergerichtlich erfolgen kann, steht auch dem klagenden Gegner entgegen (A. M. Puchelt a. a. O.; vgl. dagegen Petersen § 542 Nr. 4, Wilm. Levy Anm. 4).

Der Einwand der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation zur Sache gehört nicht hierher (vgl. § 230 Anm. 4, Siebenhaar S. 528), ebensowenig der der Verletzung des Grundsatzes des wechselseitigen Gehörs. (Vgl. § 513 Anm. 6. Zustimmend Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 737 Anm. 1, v. Bülow Anm. 5, Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Fitting im civ. Arch. 61 S. 436.)

7) Abs. 2: Derselbe entspricht der subsidiären Natur der Nichtigkeitsklage (vgl. Anm. 1 u. § 540 Anm. 4). Die beschwerte Partei muß also das Rechtsmittel gebrauchen, wenn ihr ein solches offen steht. Thut sie es nicht, so wird der Mangel geheilt, auch wenn er ein solcher ist, auf welchen wirksam nicht verzichtet werden kann. Kenntniß des Anfechtungsgrundes, welche übrigens kaum fehlen kann, ist selbstverständlich vorausgesetzt (§ 549). [So auch Puchelt II S. 393, Hellmann II S. 481, 482, Kleiner II S. 625, Endemann II S. 507, Gaupp II S. 609, 610, v. Kries a. a. O. S. 473 ff., jetzt auch Seuffert Anm. 5. A. M. in letzterer Hinsicht: Petersen § 542 Nr. 5, Sarwey I S. 725, Wilm. Levy Anm. 5.]

Die Frage, ob unter dem „Rechtsmittel" hier ausnahmsweise, wie im EG. z. CPO. § 19, auch der Einspruch mitbegriffen sei, ist ungeachtet der dafür sprechenden inneren Gründe doch bei der bestimmten technischen Bedeutung des Ausdrucks (s. oben S. 522) zu verneinen. (So auch Wilm. Levy a. a. O., Endemann II S. 507, Seuffert a. a. O. Anm. 5, Petersen a. a. O. u. A.)

§ 543.

Vgl. StrPO. §§ 399, 402.

1) Der § 543 zählt die Fälle der Restitutionsklage auf. Die Fälle Nr. 1—5 setzen sämmtlich eine strafbare Handlung voraus, auf welche das (Civil-)Urtheil gegründet ist. Von einem bedingten Anspruch, zu dessen Sicherung Arrest nach § 796 zulässig wäre, ist in diesen Fällen nicht die Rede (s. OLG. Augsburg in Busch, Zeitschr. IV S. 435). Die Fälle 6, 7 betreffen Neuheiten, derentwegen eine nochmalige Prüfung angezeigt ist.

2) Nr. 1: Der Ausdruck „Parteieid" umfaßt den zugeschobenen (§§ 410 ff.) wie den richterlichen Eid (§§ 437 ff.), den Wahrheitseid (§ 424 Abs. 1) wie den Ueberzeugungseid (§ 424 Abs. 2 und 3). Auch der Editionseid (§ 391), die eidliche Versicherung zur Glaubhaftmachung (§ 266) und der Offenbarungseid (§§ 711, 769) fallen darunter. (Vgl. Seuffert Anm. 2,

4. wenn das Urtheil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
5. wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
6. wenn ein strafgerichtliches Urtheil, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;
7. wenn die Partei
   a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil, oder
   b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

   Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urtheil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegentheil für bewiesen erachtet ist.

N. Entw. § 856. Entw. I. § 493. Entw. II. § 512. Entw. III. § 519. Mot. S. 335–337. Prot. S. 276–278.

Petersen § 543 I 2, Sarwey I S. 727 u. A. A. M. rücksichtlich des Editionseides Siebenhaar S. 530, rücksichtlich des Offenbarungseides Wilm. Levy Anm. 2 Seuffert Anm. 2, Petersen a. a. O., weil auf dessen Leistung kein Urtheil gegründet werden könne.) Diese Eide gehören zu den „Eiden der Parteien" (Mot. S. 336) im Gegensatze zu den „Eiden der Zeugen und Gutachter". Vgl. auch § 611 Anm. 2.

— „gegründet ist" — Es kommt nur darauf an, daß der Eid als ganzes dem (Civil-) Urtheil zu Grunde liegt; zwischen den einzelnen Sätzen des Eides ist alsdann bei Prüfung der Frage der Verletzung der Eidespflicht nicht zu unterscheiden (RG. XIV S. 324). Ueber die Wirkung der Anfechtung eines Läuterungsurtheils (§ 427 Abs. 2) aus diesem Grunde vgl. § 553 Anm. 3 a. E.

In Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. Hann. Prot. XI S. 3927) ist hier (wie im Falle der Nr. 3) die fahrlässige Verletzung der Eidespflicht (§ 163 StrGB.) der vorsätzlichen (§§ 153—156, 158, 159 das.) völlig gleichgestellt. Vgl. auch § 428 Abs. 2 in Verbindung mit § 422 Anm. 2. (Enger Endemann II S. 511, Gaupp II S. 612.)

Der Partei steht der gesetzliche Vertreter auch hier gleich (vgl. § 50 Anm. 2, Siebenhaar S. 530), ebenso der Nebenintervenient (Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert a. a. O., Sarwey a. a. O. u. A.) und der Dritte unter den Voraussetzungen des § 415 (Gaupp II S. 612, Seuffert a. a. O. u. A. A. M. bezüglich des Letzteren Kleiner II S. 627).

3) Nr. 2: — „fälschlich angefertigt oder verfälscht" — vgl. StrGB. §§ 267—269, 271. Es ist aber nach der — abweichend von Nr. 1 — allgemein gehaltenen Fassung (vgl. auch Nr. 3) gleichgültig, ob eine der Parteien oder ein Dritter die Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht hatte. [Uebereinstimmend Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3, Endemann II S. 512, Petersen § 543 I 3, Sarwey a. a. O., v. Kries a. a. O. S. 477 Anm. 260 u. A. A. M. mit Bezugnahme auf L. 2. 3. Cod. si ex fals. instr. (7, 58) Siebenhaar S. 530. Das preuß. Recht gewährte in diesem Falle wie bei Nr. 3 die Nullitätsklage („ex falsa causa" — AGO. I 16 § 2 Nr. 1, RG. I S. 225).]

4) Nr. 3: vgl. Anm. 2. Die meisten Gesetzgebungen verlangen hier eine vorsätzliche

Verletzung. Die Nr. 3 trifft auch die Fälle, in denen ein im Prozesse zugezogener beeidigter Dolmetscher falsch gedolmetscht hat.

Ist das Urtheil auf ein unbeeidigtes Zeugniß oder Gutachten gegründet, weil die Parteien auf die Beeidigung des Zeugen oder Sachverständigen verzichtet hatten, so findet die Nr. 3, welche Verletzung der Eidespflicht und nach § 544 rechtskräftige Verurtheilung des Betreffenden voraussetzt, nicht Anwendung (Prot. S. 276).

5) Nr. 4: vgl. Code de proc. art. 480 Nr. 1 (s'il y a eu dol personnel). Hierher gehören die Fälle der §§ 160, 240 (Nöthigung des Gegners zum Geständniß, Verzicht u. dgl.) 263, 266, 354, 356 StrGB.

„Vertreter" — d. h. nur der gesetzliche Vertreter und der Prozeßbevollmächtigte, nicht „Vertreter" in dem weiteren Sinne des § 410.

— „gerichtlichen Strafverfahrens" — Eine Bestrafung im Wege des Disziplinarverfahrens genügt hier so wenig wie im Falle der Nr. 5.

6) Nr. 5: vgl. Anm. 5 a. E. Hierher gehören die Fälle der §§ 334, 336 StrGB., ohne daß es in letzterem Falle (wie Siebenhaar S. 531 meint) auf eine Bestechung ankommt. — Der ursächliche Zusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und dem Urtheil bildet auch in Nr. 5 den Grund der Gewährung der Restitution (Anm. 1); dieser Zusammenhang muß aber stets als vorhanden angenommen werden, wenn der Richter in Beziehung auf den Rechtsstreit sich der in Nr. 5 näher charakterisirten Verletzung seiner Amtspflichten überhaupt schuldig gemacht hat.

— „gegen die Partei" — Ein Vergehen (z. B. eine Bestechung) im Interesse des Restitutionsklägers begründet für diesen die Wiederaufnahme nicht. Ob die Gegenpartei bei dem Vergehen betheiligt ist oder solches allein einem Dritten zur Last fällt, ist gleichgültig (Hann. Prot. XI S. 3936, 3937).

Die Bestimmung, daß der bestrafte Richter bei der Entscheidung über die Restitutionsklage nicht mitwirken darf (Bayer. PO. Art. 768), erachten die Mot. ungeachtet der Vorschrift des § 547 Abs. 1 mit Recht für selbstverständlich.

7) Nr. 6: Obgleich das strafgerichtliche Urtheil für den Civilrichter bindende Kraft nicht hat (EG. z. CPO. § 14 Nr. 1), so ist doch, wie die Mot. hervorheben, der im Strafverfahren erfolgten Restitution wenigstens die Bedeutung für das Civilverfahren beigelegt, daß in Anlaß derselben auch eine Wiederaufnahme des letzteren eintreten soll, sofern das Civilurtheil auf das strafgerichtliche Urtheil gegründet war. Ob letztere Voraussetzung vorhanden, hat — wie in den Fällen Nr. 1—3 — der über die Restitutionsklage entscheidende Richter nach Lage des einzelnen Falles zu prüfen.

— „ein strafgerichtliches Urtheil" — gleichviel, ob es schon rechtskräftig war, als das Civilurtheil darauf gegründet wurde (was allerdings die Regel bilden wird), oder nicht.

— „ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil" — Das aufhebende (Straf-) Urtheil muß, wenn es für die Restitutionsklage in Civilsachen in Betracht kommen soll, rechtskräftig sein. In der Regel wird es auf Grund einer Wiederaufnahme (StrPO. § 399 ff.) im Strafverfahren erlassen sein; es ist aber auch als ein im Wege der Berufung oder Revision ergangenes denkbar, wenn früher der Civilrichter sein Urtheil auf ein noch nicht rechtskräftiges Strafurtheil gegründet hatte (vgl. Endemann II S. 514, Petersen § 543 II, Gaupp II S. 613, 614).

8) Die Nr. 7 regelt die restitutio propter noviter reperta (oder auch ex capite novorum). Die CPO. läßt dieselbe im Anschluß an das gem. Recht (Wetzell S. 687, Renaud S. 612 ff.), das preuß. Recht (AGO. I 16 §§ 17 ff.) und die meisten neueren Gesetzgebungen (Hann. PO. § 444, Bayer. PO. Art. 761 ꝛc.), aber im Gegensatz zum franz. Recht (Code de proc. art. 480 Nr. 10) ohne Rücksicht auf einen Dolus des Gegners zu. Die Auffindung usw. ist von dem Wiederaufnahmekläger zu beweisen.

§ 544. In den Fällen des vorhergehenden Paragraphen Nr. 1—5 findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

---

9) Nr. 7a: Zu den Urkunden werden auch in derselben Sache erlassene, früher rechtskräftig gewordene Urtheile gezählt. Das Auffinden eines solchen hat, wenn es dem zuletzt ergangenen Urtheile nach den Vorschriften des § 293 entgegensteht, für denjenigen, dem es günstig ist, eine ähnliche Bedeutung, wie das Auffinden einer sonstigen ihm günstigen Urkunde; auf jenes kann er nunmehr die exceptio rei judicatae, wie auf diese die neue Einrede aus dem Vertrage usw. stützen. Darauf, ob die Thatsache, welche durch den Vertrag bzw. das Urtheil bewiesen wird, in dem Rechtsstreite vorgebracht ist, kommt es nach der allgemeinen Fassung nicht an (vgl. Nordd. Prot. S. 1611, Sarwey I S. 728, 729, Wilm. Levy Anm. 13, Seuffert Anm. 8, Petersen § 543 III 1. A. M.: Gaupp II S. 615 Nr. III 2, Kleiner II S. 632 Anm. 11), ebensowenig darauf, ob das Urtheil die ganze Sache oder nur einen Theil, insbesondere ein in dem angefochtenen Urtheile nur als Präjudizialpunkt in Betracht kommendes Verhältniß betrifft, ob es ein in- oder ausländisches ist (Seuffert Anm. 8, Hellmann, Lehrb. S. 776 u. A.; vgl. auch § 544 Anm. 1).

[Andere Gesetze (z. B. Hann. PO. § 431 Nr. 9) behandeln diesen Fall als Nichtigkeitsgrund (vgl. Hann. Prot. X S. 3733 ff., 3813 ff., XI S. 3938). S. auch § 511 Anm. 8).]

Nr. 7b: „Urkunde" — Darunter fällt nicht ein wissenschaftliches Werk (RG. in D.J. Ztg. 1884 S. 144).

— „welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde" — sei es allein oder in Verbindung mit dem im früheren Verfahren Vorgebrachten (RG. VII S. 319), wogegen es nicht genügt, wenn die Urkunden nur in Verbindung mit anderen neuen Beweismitteln, z. B. Zeugen, erheblich sind (RG. XIV S. 329). Der über die Restitution entscheidende Richter hat also zu prüfen, ob die Urkunde in diesem Grade erheblich ist. Nach der Fassung „welche — würde" und nach der Stellung dieser Worte unter b kann dieser beschränkende Zusatz auf die litt. a nicht mit bezogen werden. (So auch Petersen § 543 III 1, Gaupp II S. 615. A. M.: Endemann II S. 515, Puchelt II S. 397.) Die Echtheit der neuen Urkunde kann jedoch auch mit anderen neuen Beweismitteln dargethan werden.

10) Der Schlußsatz unter Nr. 7b („Diese Bestimmung" usw.) hat darin seinen Grund, daß der durch Eidesleistung geführte Beweis nur durch Restitution gemäß Nr. 1 angefochten werden kann (§ 428 Abs. 2). Der Satz bezieht sich seiner allgemeinen Fassung nach gleich der Nr. 1 auch auf den richterlichen Eid (Wilm. Levy Anm. 15, Gaupp II S. 615 a. E.).

11) Weder das Entdecken neuer Thatsachen (Hann. PO. § 444, Württ. PO. Art. 753) — auch wenn dieselben durch Urkunden bewiesen werden (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 107) — noch das Ermitteln neuer Zeugen (Preuß. AGO. I 16 § 26, Württ. PO. Art. 753) ist dem Auffinden neuer Urkunden gleichgestellt.

12) Die Restitution Minderjähriger oder diesen gleichstehender Personen (Wetzell S. 621 ff., Renaud S. 607 ff., Preuß. AGO. I 16 § 12 Nr. 1, Hann. PO. § 444 Nr. 6) wegen Versäumnisse ihrer Vertreter bei Wahrnehmung ihrer Rechte hat keine Aufnahme gefunden (§ 210 Abs. 1). Vgl. Hann. Prot. IX S. 3940, 3941; Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 § 9 (GS. S. 518).

§ 544.

Vgl. StrPO. § 404.

1) Die Mot. sagen:

„Wenn die im Strafverfahren erfolgende Verurtheilung wegen einer der als Restitutionsgrund dienenden strafbaren Handlungen für den Richter im Civilverfahren auch nicht

Der Beweis der Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschiebung nicht geführt werden.

N. Entw. § 856. Entw. I. § 494. Entw. II. § 513. Entw. III. § 520. Mot. S. 337, 338. Prot. S. 278, 279.

§ 545. Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen.

N. Entw. § 857. Entw. I. § 495. Entw. II. § 514. Entw. III. § 521. Mot. S. 338. Prot. S. 279.

§ 546. Mit den Klagen können Anfechtungsgründe, durch welche eine dem angefochtenen Urtheile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren

---

bindend ist, so kann doch ohne Inkonsequenz die außerordentliche Rechtshülfe der Restitution von einer solchen Verurtheilung der Regel nach abhängig gemacht werden. Denn unter allen Umständen ist es ein unerwünschter Zustand, daß im Civilverfahren über eine strafbare Handlung gestritten wird, zu deren Feststellung das zunächst dafür bestimmte Strafverfahren nicht ausreicht. Auch ist die dem Civilrichter nach dem strafgerichtlichen Urtheile belassene Freiheit der Beurtheilung eine mehr prinzipielle als thatsächliche, und ein Auseinandergehen der Urtheile kann nur unter besonderen Umständen erwartet werden.

Ein Antrag auf Aufnahme des Satzes:

„Durch das rechtskräftige Strafurtheil wird voller Beweis der strafbaren Handlung begründet"

wurde von der RTK. abgelehnt (vgl. § 14 Nr. 1 des EG. z. CPO.). Der Civilrichter hat also auch hier über die materielle Beweiskraft des Strafurtheils nach freiem Ermessen zu urtheilen (vgl. Siebenhaar S. 532 Anm.*, Gaupp II S. 611, 616 u. A.).

Die „rechtskräftige Verurtheilung" braucht bei der allgemeinen Fassung (im Gegensatz z. B. von § 617 Abs. 2; vgl. auch § 660) nicht nothwendig von einem deutschen Gerichte erfolgt zu sein. (So auch Seuffert Anm. 1, Endemann II S. 517, Petersen §§ 542 I 1, 544 Nr. 2 u. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 1.)

2) — „aus anderen Gründen" — z. B. Abwesenheit, Tod, Verjährung, später eingetretene Unzurechnungsfähigkeit usw.

— „nicht erfolgen kann" — Diese Unmöglichkeit muß also feststehen (vgl. Petersen a. a. O.).

3) Abs. 2: Eideszuschiebung ist also weder über die Thatsache der rechtskräftigen Verurtheilung noch in den Ausnahmefällen, in welchen eine rechtskräftige Verurtheilung nicht die Voraussetzung bildet, über die strafbare Handlung selbst und über die Gründe, aus welchen die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens nicht hat erfolgen können, noch auch in den Fällen des § 543 Nr. 5—7 über den Grund der Restitution überhaupt zulässig. (Vgl. RG. XIV S. 332.) Auch ein Geständniß des Restitutionsgrundes ist (wie nach N. E.) ausgeschlossen (vgl. § 552 Anm. 1); dagegen nicht die Auferlegung eines richterlichen Eides (RG. XIV S. 328; vgl. auch § 428 Anm. 3).

§ 545.

1) Die Bestimmung, welche der Klage einen ganz subsidiären Charakter verleiht, betrifft nur die Restitutionsklage, nicht die Nichtigkeitsklage, bei welcher die Partei den ihr entstandenen Nachtheil, der hier unmittelbar in der Erlassung des angefochtenen Urtheils besteht, nicht verschuldet haben kann (§ 549). Vgl. aber §§ 542 Abs. 2, 549. S. auch § 686 Abs. 2.

2) Die Voraussetzungen der Zulässigkeit sind von Amtswegen zu prüfen (vgl. § 552).

3) — „in dem früheren Verfahren — — geltend zu machen" — Durch Revision kann nach der Natur dieses Rechtsmittels ein Restitutionsgrund niemals geltend gemacht werden (vgl. RG. XI S. 367).

Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urtheil auf dieser Entscheidung beruht.

N. Entw. § 859. Entw. I. § 496. Entw. II. § 515. Entw. III. § 522. Mot. S. 338, 339. Prot. S. 279.

§ 547. Für die Klagen ist ausschließlich zuständig: das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urtheil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urtheilen von dem Berufungsgericht erlassen wurde, oder wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil auf Grund des §. 543 Nr. 1—3, 6, 7 angefochten wird, das Berufungsgericht; wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil auf Grund der §§. 542, 543 Nr. 4, 5 angefochten wird, das Revisionsgericht.

Sind die Klagen gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.

N. Entw. § 860. Entw. I. § 497. Entw. II. § 516. Entw. III. § 523. Mot. S. 339, 340. Prot. S. 279.

---

§ 546.

1) Der § 546 bezieht sich, wie auch die §§ 547—554, auf beide Klagen; er hat seine Analogie in den §§ 473 und 510 und behandelt Fälle, in denen eine dem Endurtheile vorausgegangene Entscheidung — soweit eine solche nicht nach § 541 selbständig mittels Klage angefochten werden kann (vgl. § 541 Anm. 3) — den Anlaß zur Anfechtung giebt.

2) — „derselben oder einer unteren Instanz" — Die Mot. sagen:

„Die Beschränkung auf Anfechtungsgründe, welche Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz betreffen, ist nothwendig, weil in den höheren Instanzen Urtheile ergehen können, welche keine Entscheidung in der Sache selbst geben, aber doch für das demnächst in der unteren Instanz ergehende Urtheil maßgebend sind, so daß dieses auf demselben beruht. In diesem Falle ist, wenn der Anfechtungsgrund das Urtheil höherer Instanz betrifft, die Anfechtung unmittelbar gegen dieses und nicht gegen das in der Sache selbst ergangene Urtheil der unteren Instanz zu richten, welches letztere dann durch die Aufhebung des ersteren mitbetroffen wird."

3) — „beruht" — vgl. §§ 511, 513, 526. Das Erforderniß des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem angefochtenen Endurtheile und den vorausgegangenen Entscheidungen geht in Betreff der Restitutionsgründe schon aus den Bestimmungen des § 543 hervor. In Betreff der Nichtigkeitsgründe mußte es noch besonders ausgesprochen werden.

„Es wird von Bedeutung, wenn eine vorausgegangene Entscheidung in Folge veränderter Lage der Sache oder veränderter Auffassung derselben oder durch die erneuerte Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz ihre Bedeutung verloren hat" (Mot.).

§ 547.

Vgl. StrPO. § 407.

1) Abweichend von dem preuß. Recht und einigen neueren Prozeßordnungen (Hann. PO. § 446, Oldenb. PO. Art. 279), wonach die Restitutions- bzw. Nichtigkeitsklagen als selbständige Klagen erscheinen und demnach unbedingt in die erste Instanz verwiesen werden, aber in wesentlicher Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen befolgt die CPO. den Grundsatz, daß diese Klagen in der Regel bei demjenigen Gerichte erhoben werden müssen, welches das aufzuhebende Urtheil erlassen hat. Vgl. Hann. Prot. XI S. 3947—3949. Nur zwei Ausnahmen werden gemacht:

a) Wenn sowohl das Urtheil erster Instanz wie das Berufungsurtheil mittels einer der Klagen angefochten werden — was namentlich vorkommen kann, wenn die Berufung aus prozessualischen Gründen verworfen ist und mithin die Urtheile beider Instanzen als für sich selbständige Entscheidungen über verschiedene Gegenstände selbständig anfechtbar

§ 548. Auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren finden die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung, sofern nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich eine Abweichung ergiebt.

N. Entw. § 862. Entw. I. § 498. Entw. II. § 517. Entw. III. § 524. Mot. S. 340. Prot. S. 279.

---

sind —, so zieht zur Verhütung gleichzeitiger Verhandlung der Wiederaufnahme in zwei Instanzen im Falle der Anfechtung beider Urtheile die Berufungsinstanz beide Klagen an sich.

b) Diejenigen Restitutionsgründe, welche eine bestimmte Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhältnisses bezwecken (§ 543 Nr. 1—3, 6, 7), müssen, wenn sie gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil geltend gemacht werden, bei dem Berufungsgerichte angebracht werden. Der Grund liegt darin, daß das Revisionsurtheil, auch wenn es eine Entscheidung in der Sache selbst giebt, doch die Entscheidung des Berufungsgerichts über die rein thatsächlichen Fragen des Rechtsstreits unberührt läßt, und daß mit diesen thatsächlichen Fragen die oben erwähnten Restitutionsgründe im untrennbaren Zusammenhange stehen. Dagegen zieht die Revisionsinstanz nicht — wie im Falle a die Berufungsinstanz — beide Klagen an sich, wenn nach dem allgemeinen Grundsatze die eine zur Zuständigkeit des Revisionsgerichts, die andere zur Zuständigkeit eines der unteren Gerichte gehört.

Wenn das Revisionsgericht die eingelegte Revision zurückgewiesen hat, ist das Urtheil des Berufungsgerichts das nach § 543 Nr. 4 angefochtene, also für die Restitutionsklage stets das Berufungsgericht zuständig (RG. VIII S. 394 u. RG. v. 22. Dez. 1885 — Rep. III 193/85.)

[Vgl. auch Gaupp II S. 620, 621, Petersen § 547 Nr. 2, 3, Seuffert Anm. 2 II, III, OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. VI S. 136 ff., 142 ff. Abweichend: Endemann II S. 522, v. Kries, Rechtsmittel S. 492 ff.]

2) Der hier geregelte Gerichtsstand ist ein ausschließlicher. Vgl. § 12 Anm. 1.

3) Abs. 2: Derselbe bezieht sich auf das Mahnverfahren.

„Vollstreckungsbefehl" — vgl. §§ 639, 640. Die hier erfolgte Regelung der Zuständigkeit entspricht den Bestimmungen der §§ 636, 637 über die Zuständigkeit im Falle eines gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Widerspruchs.

4) Ist das in § 547 bezeichnete Gericht nicht mehr vorhanden oder, wie das Amtsgericht, in den Fällen der §§ 542 Nr. 2, 543 Nr. 5 an der Entscheidung verhindert, so wird das zuständige Gericht nach § 36 Nr. 1 zu bestimmen sein (Uebel II S. 67, Kleiner II S. 636, Gaupp II S. 622 Nr. IV, Petersen § 547 Nr. 1 a. E. A. M.: Hellmann II S. 491 Anm. 1, Seuffert, Anm. 4). Anders Bayer. PO. Art. 769.

§ 548.

1) — „die allgemeinen Vorschriften" — d. h. für das Verfahren der betreffenden Instanz, in welcher die Klagen nach § 547 anhängig zu machen sind.

Die Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften finden sich in den §§ 549—554. Sie haben ihren Grund in dem Zweck der Klagen, ein rechtskräftiges Urtheil anzufechten, und in den demgemäß der Verhandlung gesteckten Grenzen. Vgl. Hann. Prot. XI. S. 3957 ff.

2) In den §§ 77, 163 ist vorgeschrieben, daß die Prozeßvollmacht den Vertreter auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens legitimirt.

Die Anwendbarkeit der Regeln des Versäumnißverfahrens (Hann. PO. § 451, N. E. §§ 873, 874) ist — wie die Mot. bemerken — als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben. [Näheres s. bei Seuffert, Anm. 3, welcher mit Recht auf die Modifikationen hinweist, welche das Offizialprinzip (vgl. § 552) hier hervorruft.]

3) Ist die Klage gegen ein im Urkundenprozesse erlassenes Urtheil gerichtet, so regelt sich das Verfahren über die Wiederaufnahme (judicium rescindens) nicht nach den Vorschriften

§ 549. Die Klagen sind vor Ablauf der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils. Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urtheil zugestellt ist.

N. Entw. §§ 861–863, 883. Entw. I. § 499. Entw. II. § 518. Entw. III. § 525. Mot. S. 341, 342. Prot. S. 278, 279.

über den Urkundenprozeß (§§ 555 ff.), da die Grundlage der Klage die in den §§ 542, 543 hervorgehobenen, durch Beweismittel jeder Art erweisbaren Thatsachen bilden (Gaupp II S. 623).

4) Auch die Gerichts- und Anwaltsgebühren sind dieselben wie für Klagen. Vgl. jedoch § 552 Anm. 3.

§ 549.

1) Abs. 1: Ueber „Nothfrist" vgl. §§ 201, 202. Eine solche ist zum Schutze der Rechtskraft der ergangenen Urtheile festgesetzt. Die Dauer ist dieselbe, wie bei der Berufung und Revision (§§ 477, 514). Vgl. RG. VIII S. 394. Die früheren Bestimmungen über die Dauer der Restitutionsklage (z. B. preuß. AGO. I 16 § 19) sind auch auf die vor dem 1. Okt. 1879 erlassenen Urtheile nicht mehr anwendbar (RG. IX S. 358).

2) Abs. 2: Der Beginn der Frist setzt erstens Kenntniß der Partei von dem Anfechtungsgrunde (Nichtigkeits- oder Restitutionsgrunde), d. h. von den diesen Grund bildenden Thatsachen, voraus. Die Kenntniß muß sich demnach bei denjenigen Restitutionsgründen, welche strafbare Handlungen zum Gegenstande haben (§ 543 Nr. 1—5), auf die strafbare Handlung und in den Regelfällen (§ 544) zugleich auf die rechtskräftige Verurtheilung des Thäters, in den Ausnahmefällen aber, in welchen auch ohne solche Verurtheilung die Restitutionsklage zulässig ist, statt dessen auf die Unmöglichkeit der Verurtheilung und auf die Möglichkeit eines anderen Beweises der strafbaren Handlung beziehen (anders Württ. PO. Art. 758, H. E. § 632). Der Kläger hat die Thatsachen, aus denen der Zeitpunkt der Kenntniß hervorgeht, glaubhaft zu machen (§ 552 Abs. 2), wogegen der Beklagte wiederum glaubhaft machen kann, daß der Kläger bereits früher Kenntniß erlangt habe (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2 und Hellmann II S. 494, welcher hier von „beweisen" spricht).

Daneben setzt der Beginn der Frist zweitens die eingetretene Rechtskraft des Urtheils voraus. Die Restitutionsklage ist schon nach § 545 so lange nicht zulässig, als der Restitutionsgrund noch in dem früheren Verfahren, insbesondere auch mittels Einspruchs oder Berufung, geltend gemacht werden kann; wegen der Nichtigkeitsklage vgl. § 542 Abs. 2. Bei beiden Klagen bleibt es, so lange das erlassene Urtheil noch durch Einspruch oder Rechtsmittel angefochten werden kann, ungewiß, ob eine Benachtheiligung durch das Urtheil, welche nothwendige Voraussetzung der Klagen ist, eintreten wird, da andere Umstände ein gleich günstiges Urtheil für die Partei herbeiführen können wie die Wiederaufnahme [anders N. E. § 862, nach welchem übrigens die Wiederaufnahme vor der Nichtigkeitsbeschwerde verhandelt werden soll (vgl. N. E. § 856, 876)]. Die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsklage läuft auch für denjenigen erst von der Rechtskraft des Urtheils an, welcher auf Grund des § 513 in der Lage gewesen wäre, von der Revision Gebrauch zu machen.

3) Die Frist im zweiten Satze des Abs. 2, eine Art Verjährungsfrist oder vielmehr eine Präklusivfrist, ist festgesetzt, um nicht einen Angriff gegen ein rechtskräftiges Urtheil bis in das Endlose hinein zu ermöglichen. Die Entwürfe enthalten eine Frist von zehn Jahren, wie in den Fällen der §§ 835, 870; dieselbe ist aber auf Vorschlag des Abg. Gneist von der RTK. auf fünf Jahre herabgesetzt. Die Frist läuft unbedingt, ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Partei

§ 550. In der Klage muß die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gerichtet wird, und die Erklärung, welche dieser Klagen erhoben werde, enthalten sein.

N. Entw. § 865. Entw. I. § 500. Entw. II. § 519. Entw. III. § 526. Mot. S. 345. Prot. S. 280.

§ 551. Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klage enthalten:

1. die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes;
2. die Angabe der Beweismittel für die Thatsachen, welche den Grund und die Einhaltung der Nothfrist ergeben;

---

von dem Anfechtungsgrunde, vom Tage der Rechtskraft des Urtheils (RG. v. 5. Dez. 1885 — Beschw. Rep. I 87/85). Sie ist keine Nothfrist (vgl. § 201 Anm. 4, Petersen §§ 548—551 II 2, Fitting im civ. Arch. 61 S. 418, Schwalbach das. 66 S. 276, Hellmann II S. 495, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A.). Vgl. auch § 212 Abs. 3. Die Frist kann aber nicht unterbrochen werden; ihr Zweck erheischt einen festen Endpunkt (Schwalbach a. a. O.).

4) Abs. 3: Für die Nichtigkeitsklage im Falle des § 542 Nr. 4 tritt an Stelle des Zeitpunkts der Kenntniß derjenige der Zustellung des Urtheils [auch einer Ersatzzustellung (§§ 166 ff.) oder öffentlichen Zustellung (Petersen §§ 548—551 II 3, Kleiner II S. 641, Wilm. Levy Anm. 9, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Sarwey I S. 735) an die nicht ordnungsmäßig vertretene Partei bzw. den gesetzlichen Vertreter derselben (im Gegensatz zu der Zustellung an den falschen Vertreter); es wird also gleichsam eine besondere Art der Kenntnißnahme vorausgesetzt. Der Eintritt der Rechtskraft (Abs. 2 und § 541) ist für den Beginn der Frist unerheblich (vgl. Schwalbach a. a. O. 63 S. 132, Levy in Jur. Wochenschr. 1879 S. 184, v. Kries, Rechtsmittel S. 486 ff., Seuffert a. a. O., Wilm. Levy a. a. O. u. A. A. M. Hellmann II S. 495 ff. u. Lehrb. S. 778 ff., wo völlig unrichtige Folgerungen aus der hier vertheidigten Ansicht gezogen werden). Weil es bis zum Zeitpunkte dieser Zustellung an jeder gültigen Beziehung zwischen der Partei und dem Urtheile fehlt, kann auch die fünfjährige Präklusivfrist auf diesen Nichtigkeitsgrund keine Anwendung finden (Preuß. AGO. I 16 § 10, Mot. z. P. E. § 176). — Selbstverständlich ist übrigens, wie auch die Mot. hervorheben, daß die Partei, wenn sie auf andere Weise Kenntniß von dem Urtheile erhalten hat, schon vor der Zustellung die Beseitigung desselben beantragen kann (so auch Wilm. Levy, Seuffert, v. Kries, Petersen a. a. O. u. A. A. M. Gaupp II S. 626). Doch setzt die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung oder Revision allerdings vorherige ordnungsmäßige Zustellung des Urtheils voraus (§§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2), während rücksichtlich des Einspruchs und der Nichtigkeitsklage dieses Erforderniß wegfällt (vgl. § 304 Anm. 1).

5) Ein Antrag, im Abs. 3 der Zustellung des Urtheils die Vornahme einer Zwangsvollstreckung auf Grund des Urtheils gleichzustellen, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem hervorgehoben war, daß eine Zwangsvollstreckung vorkommen könne, ohne daß die Partei etwas davon erfahre.

§ 550.

Der § 550 handelt von den wesentlichen Bestandtheilen der Klage („muß"). Vgl. die §§ 214, 230, 479. Das Erforderniß der Ladung (§ 230 Nr. 3) und bei Anwaltsprozessen der Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts ergiebt sich aus § 548. Ein bloßer Irrthum in der Bezeichnung der Klage ist ohne Einfluß.

§ 551.

1) In § 551 ist der vorbereitende Inhalt des Schriftsatzes angegeben (vgl. §§ 121, 230, 480). Weil darunter auch die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes, welcher hier nicht als eigentlicher Klagegrund angesehen werden kann, und die Beifügung der Urkunden fällt, auf welche die Restitutionsklage gestützt wird, so können neue Anfechtungsgründe noch im Laufe der Verhandlung vorgebracht werden, ohne daß es der Erhebung einer neuen Klage bedarf. In dieser Hinsicht hat die Wiederaufnahme mehr den Charakter eines Rechtsmittels als den einer Klage (RG. XIV S. 332, Endemann II S. 525, Hellmann II S. 502, Sarwey I

3. die Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urtheils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.

Dem Schriftsatze, durch welchen eine Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf welche dieselbe gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen. Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, welchen Antrag er wegen Herbeischaffung derselben zu stellen beabsichtigt.

N. Entw. § 865. Entw. I. § 501. Entw. II. § 520. Entw. III. § 527. Mot. S. 342. Prot. S. 280.

§ 552. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen.

Die Thatsachen, welche ergeben, daß die Klage vor Ablauf der Nothfrist erhoben ist, sind glaubhaft zu machen.

N. Entw. § 871. Entw. I. § 502. Entw. II. § 521. Entw. III. § 528. Mot. S. 343. Prot. S. 280.

S. 736, Kleiner II S. 643 u. A. Abweichend: Puchelt II S. 404, Bolgiano in Busch, Zeitschr. III S. 200). Nicht einmal die Geltendmachung des neuen Anfechtungsgrundes während der Nothfrist (wie die früheren Aufl. im Anschluß an die Mot. annahmen) ist erforderlich, weil die letztere für die Erhebung der Nichtigkeits- bzw. Restitutionsklage überhaupt durch die Erhebung der Klage gewahrt ist (Seuffert Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 788, v. Kries a. a. O. S. 497 ff., Petersen §§ 548—551 III). Die Mot. sind hier durch die Bestimmungen anderer Gesetze und Entwürfe (Bayer. PO. Art. 781, Württ. PO. Art. 762, H. E. § 640), welche die Angabe des Anfechtungsgrundes in der Klageschrift verlangen, irregeleitet worden.

Nr. 1: vgl. §§ 542, 543.

Nr. 2: — „den Grund“ — d. h. den Anfechtungsgrund.

— „die Einhaltung der Nothfrist“ — vgl. § 552 Abs. 2.

Nr. 3: vgl. § 553 Abs. 1; s. auch § 516 Abs. 2.

2) Abs. 2 Satz 1: vgl. § 122; Satz 2: vgl. §§ 386, 389, 393, 397.

3) Ueber wiederholte Erhebung der Klage bemerken die Mot.:

> „Die wiederholte Erhebung einer der Klagen aus neuen Gründen ist nicht ausgeschlossen, da es sich unter dem Einflusse der Nothfrist wie der Vorschrift des § 545 für die zweite Klage in gleichem Maße, wie für die erste um Gründe handeln kann, welche noch nicht vorgebracht werden konnten. Der Charakter eines Rechtsmittels, welcher der Wiederaufnahme allerdings in gewissem Maße beiwohnt (Mot. zum P. E. S. 177), steht nicht entgegen, da sie sich auf das Vorbringen des sie veranlassenden außerordentlichen Umstandes beschränken muß, jede andere Veranlassung also einen neuen Gegenstand der Klage bietet.“

4) Da der Antrag auf Wiederaufnahme als Klage behandelt wird (§ 548), so kann derselbe nach § 457 beim Amtsgericht auch zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. S. auch § 462. (Vgl. Endemann II S. 525, Gaupp II S. 628 Nr. III. A. M. Siebenhaar S. 535 a. E.)

§ 552.

1) Abs. 1: vgl. §§ 306, 497, 529, 537. Die Prüfung der formellen Zulässigkeit der Klage — einschließlich der thatsächlichen Grundlagen derselben (Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 394 Anm. 219, Seuffert Anm. 1, v. Kries a. a. O. S. 482. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 552—554 I) — von Amtswegen entspricht dem rechtsmittelähnlichen Charakter derselben. Weiter geht aber die Offizialmaxime nicht. Insbesondere beschränkt sich die Entscheidung des Gerichts auf den bei der mündlichen Verhandlung bezeichneten Nichtigkeits- bzw. Restitutionsgrund (Seuffert § 551 Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 788. A. M. v. Kries a. a. O. S. 497 ff. und rücksichtlich des Nichtigkeitsgrundes Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 584 Anm. 13).

— „an sich statthaft“ — vgl. §§ 541—546.

— „in der gesetzlichen Form erhoben“ — vgl. §§ 549, 550. Auch die Zuständigkeit des Gerichts ist nach § 547 von Amtswegen zu prüfen.

§ 553. Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von neuem verhandelt.

Das Gericht kann anordnen, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolge. In diesem Falle ist die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen.

Das für die Klagen zuständige Revisionsgericht hat die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erledigen, auch wenn diese Erledigung von der Feststellung und Würdigung bestrittener Thatsachen abhängig ist.

N. Entw. § 872. Entw. I. § 503. Entw. II. § 522. Entw. III. § 529. Mot. S. 343. Prot. S. 280.

---

2) Abs. 2: Die Glaubhaftmachung genügt, obwohl nach § 551 Nr. 2 in dem vorbereitenden Schriftsatze auch für die Thatsachen, welche die Einhaltung der Nothfrist ergeben, die Beweismittel anzugeben sind. Vgl. § 389 Anm. 3.

3) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 5, GO. f. RA. § 20.

§ 553.

1) Abs. 2: Die hier der Verhandlung der Hauptsache gezogene Schranke ergiebt sich von selbst aus der Tendenz, das rechtskräftige Urtheil nicht weiter in Frage zu stellen, als der Zweck der Wiederaufnahme es unbedingt erfordert. In der Anwendung wird sich dieser Satz je nach dem Wesen der einzelnen Anfechtungsgründe sehr verschieden gestalten. Die Mot. bemerken:

„Die Nichtigkeitsklagen und die Restitutionsklagen aus der Person des Richters umfassen, soweit der Anfechtungsgrund reicht, den ganzen Rechtsstreit und führen insoweit eine neue Verhandlung desselben herbei; es kann in Folge dessen, insbesondere wenn die Nichtigkeit in Folge mangelnder Vertretung der Partei schon die Erhebung der Klage betrifft, das ganze frühere Verfahren aufgehoben werden, so daß erst nach erneuter Erhebung der Klage in der Hauptsache zu verhandeln ist. Die übrigen Restitutionsgründe betreffen dagegen nur einzelne Punkte des Rechtsstreits oder des Verfahrens; nur diese sind zu berichtigen oder zu ergänzen und danach das Urtheil zu erlassen, ohne daß die übrigen Resultate der früheren Verhandlung, wie sie durch das angefochtene Urtheil festgestellt sind, in Frage kommen."

2) Daß dem Restitutionsbeklagten die weitere Vertheidigung unbeschränkt bleibt, erklären die Mot. für selbstverständlich. Der Restitutionsbeklagte kann mithin neue Thatsachen und neue Beweismittel insoweit geltend machen, als sie sich auf den von dem Anfechtungsgrunde betroffenen Theil der Hauptsache (vgl. Anm. 1) beziehen; nur soweit reicht das Gebiet der Vertheidigung; innerhalb dieses Gebiets ist er aber an sein früheres Vorbringen nicht gebunden, und macht es keinen Unterschied, ob ihm die Thatsachen und Beweise früher schon bekannt waren, und ob er früher mit ihnen ausgeschlossen war (§§ 252, 339, 398) oder nicht (vgl. Hann. PO. § 450 Nr. 3, Hann. Prot. XI S. 3978—3983, Gaupp II S. 632 Nr. II 2, Seuffert Anm. 2b, v. Kries a. a. O. S. 507, Petersen §§ 552—554 II 2 a. E.).

3) Abs. 2: Das Verfahren zerfällt — wie bei dem Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 216) — in zwei Theile, in die Verhandlung über den Grund und die Zulässigkeit der Wiederaufnahme (judicium rescindens) und in diejenige über die Hauptsache (judicium rescissorium). Als Regel gilt nach Abs. 2, daß beide Theile zu verbinden sind (H. E. § 639 Abs. 1 i. A. und N. E. § 870 sprechen dies ausdrücklich aus). Das Gericht kann aber nach freiem Ermessen — auf Antrag oder von Amtswegen — die Trennung und vorgängige Verhandlung des ersteren Theils anordnen. Bei den Nichtigkeitsklagen und bei Restitutionsklagen aus der Person des Richters (§ 543 Nr. 5) wird dieses in der Regel zweckmäßig sein, bei den übrigen Restitutionsgründen seltener. Nach dem zweiten Satze sind beide Verhandlungen ungeachtet der Trennung als eine einzige anzusehen; die die Wiederaufnahme zu-

§ 554. Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit den Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden.

N. Entw. § 875. Entw. I. § 504. Entw. II. § 523. Entw. III. § 530. Mot. S. 343. Prot. S. 280.

---

lassende Entscheidung (eine Art Zwischenurtheil; vgl. § 216 Anm. 2) kann mithin durch die etwa zulässige Berufung nur mit dem Endurtheile in der Hauptsache angefochten werden (§§ 472, 473).

Im Falle des § 542 Nr. 4 endigt nicht, wie aus der etwas undeutlichen Fassung der Mot. geschlossen werden könnte, das Wiederaufnahmeverfahren mit dem judicium rescindens; vielmehr besteht das judicium rescissorium in der absolutio ab instantia (Seuffert Anm. 2, v. Kries a. a. O. S. 506. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 789).

Im Falle des § 543 Nr. 1 wird nur das Läuterungsurtheil, nicht das (den Eid auferlegende) bedingte Endurtheil von dem Anfechtungsgrunde betroffen, da zwischen dem letzteren und dem Meineide ein Kausalzusammenhang nicht besteht (RG. X S. 382, Seuffert § 543 Anm. 1. A. M. Jastrow im civ. Arch. 68 S. 386). Gegen die Nachtheile der beschränkten Aufhebung gewähren im Falle wissentlicher Verletzung des Eides die §§ 432, 439 genügende Abhülfe; im Falle fahrlässiger Eidesleistung ist es undenkbar, daß ein dieserhalb Verurtheilter bereit sei, nochmals denselben Eid zu leisten.

4) Abs. 3: Hierin liegt eine Ausnahme von dem Satze, daß das Revisionsgericht bestrittene Thatsachen nicht zu würdigen hat (§ 524). Auf die Verhandlung der Hauptsache bezieht sich Abs. 3 nicht.

5) Eine Anschluß-Restitutionsklage (H. E. § 643) findet nicht statt (Nordd. Prot. S. 1626); dagegen können, wenn der Gegner selbständig eine Restitutionsklage erhoben hat, beide Klagen mit einander verbunden werden (vgl. jedoch § 541 Abs. 2). Daß eine Abänderung des Urtheils zum Nachtheile des Restitutionsbeklagten nicht zulässig ist, versteht sich nach § 548 von selbst (Hann. PO. § 451 Abs. 4).

6) Ueber die Hemmung der Vollstreckbarkeit des Urtheils in Folge eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens s. § 647.

§ 554.

1) Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln richtet sich nach dem Urtheil, an dessen Stelle das auf die Wiederaufnahme erlassene Urtheil getreten ist. Es giebt also z. B. keine Berufung gegen ein Restitutionsurtheil des Landgerichts, welches ein von ihm erlassenes Berufungsurtheil betrifft (vgl. § 547 Abs. 1). Die Mot. bemerken:

„Die Zulässigkeit der Rechtsmittel bestimmt sich nach dem Charakter des Verfahrens als Wiederaufnahme eines früheren Verfahrens. Das ergehende Urtheil tritt an die Stelle des in dem früheren Verfahren in derselben Instanz erlassenen Urtheils und unterliegt denselben Rechtsmitteln wie dieses."

[Vgl. auch OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 136, OLG. Bamberg das. S. 142 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 166, RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1128 (Restitution gegen ein landgerichtliches Berufungsurtheil.)]

2) Da der Ausdruck „Rechtsmittel" nach der Terminologie der CPO. nur die Berufung, Revision und Beschwerde umfaßt, so ist aus § 554 auf die Zulässigkeit einer neuen Wiederaufnahme des Verfahrens gegen das auf den Wiederaufnahmeantrag ergangene Urtheil, welche z. B. in Hann. PO. § 452 (im H. E. § 644 und N. E. § 875 mit gewissen Beschränkungen) ausdrücklich hervorgehoben wird, kein Schluß zu ziehen. Trotzdem dürfte nach dem allgemeinen Grundsatze des § 548 die Zulässigkeit nicht zu bezweifeln sein; wenn die Voraussetzungen der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage selbständig durch das Verfahren über den ersten Wiederaufnahmeantrag begründet sind. Dafür spricht auch die in den oben (Anm. 1) mitgetheilten Mot. zum Ausdruck gelangte ratio legis. Vgl. auch § 551 Anm. 3. (Uebereinstimmend: Wilm.-Levy Anm. 1, Endemann II S. 529, Puchelt II S. 406, Petersen §§ 552—554 III a. E.)

3) Ueber die Zulässigkeit des Einspruchs vgl. § 548 Anm. 2 a. E.

Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 555. Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozesse geltend gemacht werden, wenn die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können.

N. Entw. § 672. Entw. I. § 505. Entw. II. § 524. Entw. III. § 531. Mot. S. 349, 350. Prot. S. 280.

Fünftes Buch.

Mot. S. 344—349.

1) Ein außerordentliches, summarisches Verfahren im Sinne der „unbestimmt summarischen Prozesse" des gem. Rechts (Bayer, Theorie der summarischen Prozesse §§ 48 ff.), des abgekürzten und schleunigen Verfahrens des preuß. Rechts oder des summarischen Verfahrens des rheinisch-franz. Rechts, bei welchem es nur auf eine formelle Abkürzung der Prozedur ankommt, kennt die CPO. nicht. Dem desfallsigen Bedürfniß ist — abgesehen von dem Mahnverfahren (Buch 7) — bereits im ordentlichen Verfahren Genüge geleistet (vgl. § 204 Anm. 1).

2) An Stelle der „bestimmt summarischen Prozesse" der gemeinrechtlichen Theorie (Bayer a. a. O. §§ 6 ff.), deren Besonderheiten mehr oder weniger auch dem Mandats-, Exekutiv-, Wechsel-, Arrest-, Kautions- und Besitzprozesse der neueren deutschen Gesetzgebungen zu Grunde liegen, hat die CPO. nur den Exekutivprozeß — unter der Bezeichnung „Urkunden- und Wechselprozeß" — und den Arrestprozeß (§§ 796 ff.) aufgenommen. („Ueber den Begriff des außerordentlichen Verfahrens und die Arten desselben in der Reichs-CPO." vgl. Drechsler in Busch, Zeitschr. I S. 191 ff. u. dagegen Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 736, welcher unter dem außerordentlichen Verfahren nur den Urkunden- und Wechselprozeß und das Mahnverfahren begreift.)

Dem Urkundenprozesse eigenthümlich ist die sofortige Liquidstellung aller Bedingungen des Anspruchs durch Vorlegung von Urkunden und auf dieser Grundlage die materielle Beschränkung der Vertheidigung, nicht die bloße Schleunigkeit des Verfahrens. Aeußerlich beschleunigt ist nur der Wechselprozeß (§ 567 Abs. 2).

Die Mot. (S. 344) bemerken darüber:

„Das Charakteristische der summarischen Prozedur besteht nicht in formeller Beschleunigung des Prozeßganges, sondern in der materiell verkürzten Defension, in der Beschränkung der causae cognitio auf die summa causae, d. h. auf die nächsten und unerläßlichen Voraussetzungen eines an sich begründeten Klageanspruchs, mit Ausschluß aller Defensionen des Beklagten, welche nicht in continenti liquide gemacht werden können, jedoch unter Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung aller durch die Forderung schleuniger Liquidirbarkeit in summario ausgeschlossenen Defensionen mittels einer in ordinario zu verhandelnden Nachklage (vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der

summarischen Prozesse S. 12 ff., 171, 304, 343, 351, 352). Der Zweck der summarischen Kognition ist, den Anspruch des Klägers auf Rechtshülfe, wenn und solange dieser Anspruch gerecht erscheint, gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisirung in Folge des Gebrauchs langwieriger Vertheidigungsmittel des Beklagten sicherzustellen — dem Kläger auf Grund der prima facie liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshülfe zu gewähren. Die summarische Kognition löst den Widerspruch zwischen dem Verlangen nach schleuniger Rechtshülfe und dem Anspruche auf Gewährung vollständigen Gehörs des Beklagten in einer den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Weise, indem sie in den dazu qualifizirten Fällen die Gewährung schleuniger Rechtshülfe in den Vordergrund stellt. — —

Das Motiv für die Gewährung des Exekutiv- (Urkunden-) Prozesses liegt in der Prima-facie-Liquidität des urkundlichen Anspruchs, in der Möglichkeit, den Schuldbrief bereits als einen richterlichen Schuldbrief anzusehen, weil der Schuldner sich der summarischen Kognition durch vertragsmäßige Uebereinkunft mit dem Gläubiger unterworfen habe (vgl. Briegleb a. a. O. S. 345)."

Ein äußeres Kennzeichen dieser Unterwerfung war ursprünglich die Exekutivklausel (clausula guarentigiae, pactum paratae executionis), welche öffentlichen und später auch privaten Schuldurkunden hinzugefügt, demnächst aber stillschweigend verstanden wurde. Den hieraus entwickelten Exekutivprozeß dehnte die gemeinrechtliche Theorie sodann auch auf hypothekarische, die sächsische Praxis auf alle verbrieften Ansprüche aus (vgl. Hann. Prot. IX S. 3202). In dieser weiten Ausdehnung hat der Urkundenprozeß im System der CPO. auch neben den vollstreckbaren Urkunden (§§ 702 Nr. 5, 706) seine Berechtigung, indem die Abschaffung der Eventualmaxime (s. §§ 251—258 Anm. 2), der eventuelle Eid (§ 418) und die Unbeschränktheit des Zeugenbeweises im ordentlichen Prozesse (§ 255 Anm. 7) das Bedürfniß eines Verfahrens mit materiell beschränkter Vertheidigung für verbriefte Ansprüche, zumal aus Wechseln, in besonderer Schärfe hervortreten lassen. (Vgl. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 360 ff., v. Bar: D. deutsche Civilprozeßrecht S. 73 ff., Wieding im Rechtslex. III s. v. „Urkundenprozeß" S. 977 ff., Dernburg I § 139, Hellmann, Lehrb. S. 933 ff. Einige kritische Bemerkungen zum Urkundenprozesse der CPO. s. bei Auerbach, Glossen zum Urk.- u. Wechsel-Prozeß der D. CPO. Berlin 1882. u. dazu Krit. Vierteljahrsschr. XXIV S. 478 ff.)

3) In dem Wesen des Urkundenprozesses liegt es, daß die abgeschnittene Vertheidigung bzw. der dem Kläger obliegende Beweis nach ergangenem Urtheil noch im ordentlichen Verfahren nachgeholt werden kann. Die CPO. gestattet aber zu diesem Zwecke nicht einen besonderen Prozeß (separatum), sondern verbindet beide Prozeduren, indem sie den Rechtsstreit vermöge der Klage im Urkundenprozesse als im ordentlichen Verfahren anhängig gemacht betrachtet (§§ 559, 563). — Für die Gebührenerhebung gilt letzteres jedoch als besonderer Rechtsstreit (GKG. §§ 33, GO. f. RA. § 28).

„Die Gefahr, welche in der ausgedehnten Zulassung des Urkundenprozesses für den Beklagten liegt, hat der Entwurf durch den regelmäßig im Urtheil auszusprechenden allgemeinen Vorbehalt seiner Rechte und die Beseitigung des Separatum (i. e. S.) gemildert, indem sich der Urkundenprozeß unter Beibehaltung der Parteirollen unmittelbar in den ordentlichen Prozeß fortsetzt (§ 563). Der Entwurf hat damit die Scheidung in zwei selbständige Prozesse, deren erster nur die Verfolgung der causa executiva, der zweite die der causa principalis (des Hauptrechts) betrifft (vgl. auch Preuß. Verordn. vom 1. Juni 1833 § 3, vom 21. Juli 1849 § 2, österr. Entw. § 495), aufgegeben. Werden Einreden aus dem Hauptrechte zugelassen, wie dies für den Exekutiv- und Mandatsprozeß des gemeinen und preußischen Rechts unbestritten ist, so liegt für eine solche Trennung kein genügender Grund vor. Nach dem Entwurf beginnt mit der Erhebung der Klage im Urkundenprozesse der Hauptstreit selbst — nicht blos ein Streit über Zulassung resp. Abwendung der Exekution — durch die ausdrückliche Erklärung aber, daß er im Urkundenprozesse klage, macht der Kläger gleichzeitig sein besonderes Recht auf vorgängige abgesonderte Verhandlung und Aburtheilung über den liquiden oder liquid gestellten Streitstoff geltend. Das hierauf ergehende Urtheil entscheidet über die Zulässigkeit des Angriffs, bezüglich der Vertheidigung im Urkundenstreite definitiv, das Hauptrecht (abgesehen vom Falle der Versäumung und des Anerkenntnisses)

nur provisorisch — quoad executionem und vorbehaltlich einer eingehenden Kognition im Wege des ordentlichen Prozesses. Nur insoweit sich schon jetzt Angriffs- oder Vertheidigungsmittel als in sich und nicht blos wegen mangelhafter Substantiirung unbegründet darstellen, wird über sie, weil ja das Hauptrecht selbst im Prozesse befangen ist, endgültig erkannt. Insoweit kommt das Urtheil im Urkundenprozesse als Zwischenurtheil für den anhängig bleibenden Hauptstreit in Betracht und bindet folgeweise Richter und Parteien. Im Uebrigen haben bei Fortsetzung des Hauptstreits beide Parteien in Vervollständigung des Angriffs und Ausdehnung der Vertheidigung dieselbe Freiheit wie im ordentlichen Verfahren." (Mot.)

4) Für das Verfahren im Urkundenprozesse und für das denselben abschließende Urtheil gelten im Allgemeinen die gewöhnlichen Vorschriften, insbesondere auch bezüglich der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit, der Vertretung der Parteien, der Zulässigkeit von Streitverkündung und Intervention, der Einleitungsformen, der Rechtshängigkeit, der Versäumung und deren Folgen (§ 562 Anm. 1), der Rechtsmittel. (Vgl. Wach I S. 278.) Namentlich muß dem Urtheil eine mündliche Verhandlung vorausgehen. Die Erlassung eines bedingten oder unbedingten Zahlungsbefehls findet nicht statt.

Die Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren beruhen auf dem für Angriff und Vertheidigung geltenden Erfordernisse vollkommener Liquidität.

[Beispiele für das Verfahren im Urkunden- und Wechselprozesse giebt H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXIII S. 209 ff.]

5) § 555 bestimmt die Voraussetzungen; die §§ 556—562 handeln von dem Verfahren im Urkundenprozesse, §§ 562—564 von dem Vorbehalt der Rechte und dessen Folgen. Eine Unterart bildet der Wechselprozeß (§§ 565—567).

6) An Gebühren werden im Urkunden- oder Wechselprozesse nur sechs Zehntheile der regelmäßigen Gebühr erhoben (GKG. § 25, GO. f. RA. § 19). Ausländer haben keinen Kostenvorschuß zu zahlen (GKG. § 85 Abs. 2 Nr. 2) und brauchen keine Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten (CPO. § 102 Nr. 2).

§ 555.

1) „Ein Anspruch — zum Gegenstande hat" — Nur hinsichtlich des Gegenstandes (vgl. auch §§ 628 Abs. 1, 702 Nr. 5, 770), nicht hinsichtlich des Entstehungsgrundes des Anspruchs ist die Zulassung des Urkundenprozesses beschränkt. Soweit Ansprüche der hier bezeichneten Art aus dinglichen Rechtsverhältnissen entspringen [z. B. die hypothekarische Schuldklage gegen den dritten Pfandbesitzer nach preuß. Recht (vgl. über den Tenor Staub in Gruchot Beitr. XXVII S. 707), nicht aber nach gem. und franz. Recht], gehören sie gleichfalls hierher. Ebensowenig ist der Urkundenprozeß auf Ansprüche aus Verträgen beschränkt. Auch aus Quasikontrakten kann in dieser Prozeßart geklagt werden, z. B. aus einem Testamente auf Zahlung eines Legats. Der Gegenstand muß ein bestimmter sein, so daß es nicht etwa noch eines Liquidationsverfahrens bedarf. Für unbestimmte Ansprüche würde, wie die Mot. bemerken, der Zweck, ein vollstreckbares Urtheil zu erlangen, verfehlt werden.

„Zahlung einer bestimmten Geldsumme" — d. h. eigentliche Geldforderung. Weder der Begriff des Geldes noch der der Zahlung schließt aber den Anspruch auf eine bestimmte Münzsorte aus (vgl. Münzgesetz Art. 14 § 4, HGB. Art. 336, Preuß. ALR. I 11 §§ 798 ff., 16 §§ 76 ff.; Dernburg II § 33, R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 364, 377). Auch für die nach preuß. Recht zulässige sog. Kündigungsklage (vgl. § 231 Anm. 11, Dernburg I S. 274 Anm. 8, Förster (Eccius) I S. 279, Herbst in Gruchot, Beitr. XXVI S. 346 ff.) ist der Urkundenprozeß nicht ungeeignet (vgl. Dernburg I S. 319 Anm. 7, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Seuffert Anm. 1a). Wegen des Wechselprozesses s. § 565 Anm. 1.

„Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere" — Ueber diesen Begriff vgl. § 770 Anm. 2, im Gegensatz zu Ansprüchen auf Herausgabe einer Quantität von individuell bestimmten beweglichen Sachen (§ 769 Anm. 1). Obwohl sich auf „Werthpapiere" (vgl. § 101 Anm. 5) das Wort „vertretbarer" mitbezieht

so sind doch Namenspapiere nicht unbedingt ausgeschlossen (s. Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp II S. 639 u. A. A.M. Siebenhaar S. 543 Anm. *). Immer kommt es wesentlich auf die Bestimmung der Parteien an, welche auch objektiv vertretbare Sachen individualisiren können und umgekehrt (RG. X S. 340). Die Quelle der Vorschrift ist das HGB. Art. 301 (Norbd. Prot. S. 1088).

Alternative Ansprüche, bei welchen nicht beide Alternativen den Erfordernissen des § 555 entsprechen, eignen sich nicht zum Urkundenprozesse. [Vgl. auch Sarwey II S. 6 (welcher S. 73 für das Mahnverfahren inkonsequenter Weise alternative Ansprüche überhaupt nicht zulassen will), Petersen § 555 I 3, Seuffert a. a. O, Gaupp a. a. O., Endemann II S. 536. A. M. Hellmann II S. 509, der die letzteren, sofern dem Schuldner die Wahl zusteht, vom Urkundenprozesse ausschließt.]

2) Nicht blos aus einseitigen, sondern auch aus zweiseitigen Rechtsgeschäften kann im Urkundenprozesse geklagt werden. (HGB. Art. 301 setzt dagegen Einseitigkeit voraus.) Bei letzteren muß der Kläger aber, sofern er nach dem betreffenden bürgerlichen Recht (z. B. Preuß. ALR. I 5 § 271) nur klagen kann, nachdem er selbst erfüllt hat, den Beweis der Erfüllung mit den im Urkundenprozesse für die Klagethatsachen zulässigen Beweismitteln, also mittels Urkunden, antreten (vgl. Hann. PO. § 478, Leonhardt B. PO. S. 325). Zweifelhaft könnte es sein, ob, wenn Zug um Zug zu erfüllen ist, die Klage im Urkundenprozesse zulässig sei, sofern Kläger urkundlich nachweist, daß er die Erfüllung vergeblich angeboten habe. Die Frage wird aber nach allgemeinen Grundsätzen über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Verbindung mit der allgemeinen Fassung des § 555 zu bejahen und das Urtheil in einem solchen Falle dahin zu erlassen sein, daß der Beklagte gegen Empfang der ihm zukommenden Leistung seine Verbindlichkeit zu erfüllen habe (anders die Mehrheit der Nord. Proz.-Komm. — Nordd. Prot. S. 1089). [Vgl. auch Endemann II S. 537, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Petersen § 555 I 1 a. E., II 1, Kleiner II S. 653, Hellmann II S. 509, Gaupp II S. 640, Dernburg a. a. O. u. A. A. M. Seuffert Anm. 1d, Schmidt (Celle) in Busch, Zeitschr. II S. 18, 19. Sarwey II S. 6 dagegen will die Klage selbst ohne vorausgegangenes Angebot zulassen.] Beschränkter ist die Zulässigkeit des Mahnverfahrens (§ 628 Abs. 2).

Zur Feststellung einer Forderung im Konkurse ist der Urkundenprozeß nicht geeignet (KO. § 134 Abs. 2) und ebensowenig zur Feststellungsklage nach CPO. § 231.

3) — „kann — geltend gemacht werden" — In Uebereinstimmung mit allen neueren Gesetzen und Entwürfen (z. B. Hann. PO. § 478, H. E. 473, N. E. ꝛc.) ist der Urkundenprozeß nicht, wie der preußische Mandatsprozeß, obligatorisch. Es ist vielmehr nur eine Befugniß des Klägers, den liquiden oder liquide gestellten Streitstoff vorab im Urkundenprozesse verhandeln und aburtheilen zu lassen. Dieses Wahlrecht zwischen dem ordentlichen und dem Urkundenprozesse hatte der Kläger selbst in dem Falle, wenn über den Anspruch eine vollstreckbare öffentliche Urkunde existirt. Vgl. §§ 556, 559, 565 Anm. 1, 567. Auch einen quantitativen Theil eines Anspruchs kann man im Urkundenprozesse einklagen (Hann. PO. § 478 Abs. 3).

Andererseits unterliegt die Zulassung des Urkundenprozesses nicht der Disposition der Parteien (s. § 560 Anm. 3).

4) — „die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen" — also auch, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, die Nebenthatsachen, wie die Erbeneigenschaft oder sonstige Sachlegitimation (vgl. § 230 Anm. 4, 5) [z. B. die Prokura des Wechselzeichners — RG. XIII S. 369] — nicht solche, welche nur die Legitimation des gesetzlichen Vertreters betreffen (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 510; diese können noch in der mündlichen Verhandlung von Amtswegen klargestellt werden (vgl. §§ 50 ff.) — ferner der Eintritt einer Bedingung, die rechtzeitige Kündigung (vgl. Auerbach a. a. O. S. 12) oder sonstige die actio nata begründende Umstände, z. B. die Präsentation des Wechsels, wo die-

§ 556. Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozesse geklagt werde. Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden.

N. Entw. § 673. Entw. I. § 506. Entw. II. § 525. Entw. III. § 532. Mot. S. 350. Prot. S. 280.

---

selbe erforderlich ist (s. ROHG. 5 S. 314, 374; 6 S. 158; 14 S. 31, 328, Verh. d. 15. D. Juristentags I S. 52 ff., 111 ff., Wilm. Levy Anm. 5 I, Förster in Busch, Arch. f. HR. 45 S. 229 ff., Sydow in Busch, Zeitschr. II S. 484 ff.; s. auch d. Urth. das. III S. 147 ff. Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXV S. 491; abweichend Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 581). Das Erforderniß gilt auch für die Thatsachen zur Begründung von Nebenforderungen, soweit es eines besonderen Beweises derselben überhaupt bedarf (vgl. z. B. ROHG. 14 S. 328). [Vgl. H. E. § 473; theilweise anders: Hann. PO. § 478.] S. jedoch § 558 Abs. 2.

— „des Anspruchs" — nicht auch der Kosten, insbesondere der die Kostenpflicht begründenden Umstände oder der Kosten des Mahnverfahrens. Hinsichtlich dieser ist mithin nach § 558 Abs. 2. auch die Eideszuschiebung zulässig und das Kontumazialprinzip unbeschränkt anwendbar (vgl. § 560 Abs. 2).

5) — „durch Urkunden bewiesen werden können" — d. h. schriftliche Urkunden (s. oben S. 438. A. M. Auerbach a. a. O. S. 6, welcher auch Urkunden im weiteren Sinne, z. B. Kerbhölzer, nicht ausschließt), aber nicht blos durch öffentliche, sondern auch durch Privaturkunden, sofern deren Echtheit in der im Urkundenprozesse zulässigen Weise festgestellt wird (vgl. §§ 558, 381, 404 ff.). Ueberhaupt sind keine weiteren Erfordernisse (wie im N. E. §§ 672, 676) hinsichtlich der Urkunden aufgestellt. Die Möglichkeit, durch die Urkunden — welche freilich schon der Klage beigefügt werden müssen (vgl. § 556 Anm. 2) — den Beweis der Klagethatsachen zu erbringen, ist allein maßgebend („bewiesen werden können").

> „Vollbeweisende Urkunden konnte der Entwurf nicht fordern, weil nach den Bestimmungen der §§ 380 ff. die materielle Beweiskraft jeder Urkunde — der öffentlichen wie der privaten, der von den Parteien, wie der von Dritten ausgestellten — dem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse anheimfällt (vgl. Hann. Prot. XVI S. 6067 ff.)."
>
> „Auch die Unterscheidung von Urkunden, welche über den Anspruch ausgestellt oder errichtet sind (N. E. § 672), ist entbehrlich, da ein vollständiger Urkundenbeweis, wie er nach dem Grunde des Verfahrens gefordert werden muß, über das Fundament des Anspruchs kaum anders als durch solche Urkunden, welche von dem Verpflichteten ausgestellt sind, geführt werden kann (Mot.)."

Vgl. § 560 Abs. 2 sowie die allg. Bem. zu den §§ 380—383. (Nicht gerechtfertigte Bedenken äußert v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. StrR.-Wiss. VI S. 161.)

6) Eine solche Privaturkunde, über deren Echtheit die Eideszuschiebung nach § 410 unzulässig ist, wird sich in der Regel nach § 558 Abs. 2 nicht zur Begründung des Urkundenprozesses eignen, wie auch die Mot. bemerken. Im Uebrigen bestimmt sich die Benutzbarkeit von Urkunden zu diesem Zwecke lediglich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles. Auch Handelsbücher und andere nicht unterschriebene Urkunden sind nicht ausgeschlossen; der Grundsatz des § 259 gilt auch für den Urkundenprozeß. (Vgl. RG. II S. 415, Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 7, Petersen § 555 II 2, Gaupp II S. 641, Sydow a. a. O. S. 483, Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 116, 117 u. A.) Ebensowenig sind Untersuchungsakten ausgeschlossen (RG. VIII S 45).

§ 556.

1) „Die Klage" — an sich ist die gewöhnliche (vgl. d. allg. Bem. zum 5. Buch unter 4). Ihre Erhebung erfolgt wie im ordentlichen Prozesse (§§ 230 ff., 457, 460, 461, 471).

Die Wahl des Urkundenprozesses (vgl. § 555 Anm. 3) bedarf aber schon in der Klage des deutlichen Ausdrucks, für welchen eine bestimmte Form kategorisch („muß enthalten") vorgeschrieben ist; vgl. J.R.Absch. § 39, Hann. PO. § 479 ꝛc. In einem späteren Stadium des Prozesses ist dieselbe nicht mehr zulässig.

§ 557. Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

R. Entw. — Entw. I. § 510. Entw. II. § 526. Entw. III. § 533. Mot. S. 350. Prot. S. 280.

---

2) Auch der zweite Satz enthält eine kategorische Vorschrift („müssen"), abweichend von § 122. Die Urkunden müssen danach ebenso wie die Klage selbst „in Urschrift oder in Abschrift" (vgl. §§ 122, 124 Anm. 1, 125, 126) dem Beklagten rechtzeitig, d. h. mit der Klage, zugestellt werden, (worüber sich die Zustellungsurkunde auszusprechen hat), widrigenfalls der Beklagte sich nicht einzulassen braucht und ein Versäumnißurtheil gegen ihn nicht ergehen kann (§ 560 Abs. 2). Der Beklagte soll eben schon bei Zustellung der Klage Gelegenheit haben, die Zulässigkeit der Prozeßart zu prüfen (vgl. Kurlbaum II in Busch, Zeitschr. III S. 194). Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei genügt nicht (RG. III S. 377). Selbst die Vorlegung der Urschrift im Verhandlungstermine kann den Mangel nur heilen, wenn der erschienene Beklagte denselben ungerügt läßt [§ 267; so auch RG. XII S. 133, Gaupp II S. 643, Sydow a. a. O. S. 500, 501, Rehbein: Die allg. WO. 3. Aufl. Berlin 1886. S. 150; dagegen verwerfen RG. V S. 351, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. b, Hellmann II S. 511 u. Lehrb. S. 937, Sarwey II S. 8, Petersen § 556 Nr. 2 jede Heilung; Kleiner II S. 655 will dem Beklagten nur das Recht gewähren, Vertagung zu verlangen]. Ist die Abschrift dergestalt mangelhaft, daß sie den nach § 555 erforderlichen urkundlichen Beweis nicht liefern kann, so ist der Mangel ebenfalls, abgesehen von § 267, in der Verhandlung nicht mehr zu heilen (vgl. RG. III S. 377; gegen dessen Begründung s. Vierhaus a. a. O. S. 117 ff.; ferner vgl. RG. IX S. 431, Seuffert Anm. b a. E., Hellmann, Lehrb. a. a. O.) Anders liegt die Sache, wenn durch Offenkundigkeit (RG. XIII S. 369) oder ausdrückliches Geständniß in der mündlichen Verhandlung der Beweis der Klagethatsachen völlig erübrigt wird, da nach § 560 Abs. 2 nur „ein dem Kläger obliegender Beweis" überhaupt in Frage kommt (RG. XII S. 133; Endemann II S. 542, Gaupp a. a. O., Sydow a. a. O. S. 478 ff., 500, jetzt auch Wilm. Levy a. a. O. u. § 560 Anm. 7. A. M.: Seuffert § 560 Anm. 2b, Hellmann II S. 520, 521, Petersen a. a. O., Kurlbaum a. a. O. S. 194, Francke in Busch, Zeitschr. IV S. 279 ff.). Wegen des fingirten Geständnisses s. § 560 Anm. 3.

Ein Antrag, als Abs. 2 hinzuzufügen:

„Die Urkunden müssen in Urschrift gleichzeitig mit Einreichung der Klage zur Terminsbestimmung auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht des Gegners niedergelegt werden" (vgl. Württ. PO. Art. 854), ist auf Widerspruch des Vertreters der Reichsregierung von der RTK. abgelehnt. Es gelten also in dieser Hinsicht lediglich die allgemeinen Bestimmungen der §§ 124—126, und zwar auch im Wechselprozesse (anders Preuß. AGO. I 27, § 4, Hann. PO. § 488). Daß das Gericht dem Beklagten wegen unterlassener rechtzeitiger Niederlegung der Urkunden (§ 125) eine Vertagung bewilligen kann, ist nicht ausgeschlossen. Ein unbedingtes Recht darauf hat er aber nicht; es genügt, daß Wechsel, Protest, auf Verlangen der Kurszettel 2c. (Art. 50 WO.) im Verhandlungstermine in Urschrift vorgelegt werden (§ 558 Abs. 3; vgl. Nordd. Prot. S. 1102, Sydow a. a. O. S. 479, 488 ff).

Die Beifügung einer Uebersetzung ausländischer Urkunden in deutscher Sprache ist keine Formalvorschrift für den Urkundenprozeß, sondern kann nur auf Grund des § 133 nach freiem Ermessen des Gerichts verlangt werden (RG. IX S. 430).

3) Die Anwendung der §§ 235 Nr. 3, 240, 241 setzt für den Urkundenprozeß voraus, daß die der Klage beigefügten Urkunden noch für die geänderte Klage genügen (vgl. § 558 Anm. 2, RG. V S. 381 ff.).

§ 557.

Die dem Beklagten nach § 248 Abs. 1 zustehende Befugniß ist mit dem Zwecke des Urkundenprozesses nicht verträglich. Das Gericht kann indessen, wie im ordentlichen Prozesse, von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnen, z. B. wenn es die Einrede für begründet

§ 558. Widerklagen sind nicht statthaft.

Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, sowie bezüglich anderer als der im § 555 erwähnten Thatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig.

Die Antretung des Urkundenbeweises kann nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen.

Die Leistung eines Eides ist durch Beweisbeschluß anzuordnen.

N. Entw. §§ 676, 679. Entw. I. §§ 507–509. Entw. II. § 527. Entw. III. § 534. Mot. S. 350–352. Prot. S. 280, 281.

---

hält, und ist daher in der Lage, wo besondere Gründe obwalten, auch entsprechende Anträge des Beklagten zu berücksichtigen. Im Fall der Verwerfung der Einrede kommt § 248 Abs. 2 zur Anwendung. (So auch Brettner in Böbiker, Mag. V S. 293. A. M. v. Bülow Anm. 2.) — Uebereinstimmend mit § 557 lauten die §§ 465 Abs. 3, 490 Abs. 2. Vgl. §§ 465 Anm. 3, 490 Anm. 3. Wegen des Beweises der Einreden s. §§ 558 Abs. 2 u. Anm. 1, 561 Anm. 1.

§ 558.

1) Abs. 1: Die Mot. bemerken:

„Widerklagen sind, selbst wenn sie gleichfalls nur auf Urkunden basiren, im Urkundenprozesse nicht statthaft, weil sie die nothwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würden. Erst im folgenden Hauptstreite kann der Beklagte damit gehört werden (Preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 3, v. 21. Juli 1849 § 2 u. v. 24. Juni 1867 § 2)."

Die Widerklage (auch im Falle des § 253) ist nicht einmal auf Grund des § 33 behufs Begründung des Gerichtsstandes (wie im preuß. Mandatsprozesse und nach N. E. § 679) zulässig. (Vgl. § 33 Anm. 2. S. auch Petersen § 558 Nr. 1, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 42, Gaupp II S. 644 u. A.) Die Beschränkung gilt aber nicht für das nachfolgende ordentliche Verfahren (§§ 251, 563). Die Präjudizialinzidentwiderklage (§ 253) ist schon nach § 555 unzulässig. Kompensationseinreden sind nicht ausgeschlossen (vgl. Nordd. Prot. S. 1093).

2) Abs. 2: Diese Bestimmung in Verbindung mit § 561 ist es hauptsächlich, welche den Urkundenprozeß als eine außerordentliche Prozeßart mit beschränkter Defension (s. d. allg. Bem. z. 5. Buch unter 1) charakterisirt. Sie trifft hauptsächlich alle Einwendungen (auch die prozeßhindernden Einreden, soweit sie nicht von Amtswegen zu beachten sind; vgl. Gaupp II S. 652; abweichend Seuffert Anm. 5, welcher bei den von Amtswegen zu berücksichtigenden Einreden nur dem Gerichte — nicht den Parteien — die Ermittelung durch andere Beweismittel gestatten will); der Beklagte wird im Urkundenprozesse nur mit solchen Einreden gehört, welche nach Abs. 2 liquid gestellt werden (s. § 561), vorausgesetzt, daß nicht durch Geständniß ein Beweis überhaupt entbehrlich gemacht wird. Die gleichen Beschränkungen gelten aber auch für Repliken und Dupliken. Alle diese Angriffs- bzw. Vertheidigungsmittel fallen unter den Begriff „anderer als der im § 555 erwähnten Thatsachen". Es besteht somit ein wichtiger Unterschied zwischen Repliken und bloßer Klagänderung, für welche letztere die strengere Vorschrift des § 555 gilt (vgl. § 556 Anm. 3, Nordd. Prot. S. 1092, Sydow a. a. O. S. 481).

Für den Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kommt Abs. 2 zur Anwendung, gleichviel von welcher Partei und in welcher Lage des Prozesses er zu führen ist, also auch bezüglich der Klagethatsachen (§§ 555 Anm. 5, 560). Dieser Beweis braucht auch hier nicht sofort (vgl. §§ 555, 556) angetreten zu werden, sondern erst, nachdem die Echtheit der Urkunde bestritten ist (vgl. § 405 Anm. 1).

3) — „nur Urkunden und Eideszuschiebung" — Namentlich der Zeugenbeweis ist also völlig ausgeschlossen und ebenso der Beweis durch Schriftvergleichung (§ 406). Die Eideszuschiebung (s. § 410) ist neben den Urkunden zugelassen, weil sie (wenigstens in der Regel — eine Ausnahme s. in § 434) sofort zu einem unzweifelhaften Beweisergebnisse führt. Auch im Wechselprozesse ist dieselbe nicht weiter beschränkt (anders: Hann. PO. § 490, Bad.

§ 559. Der Kläger kann, ohne daß es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse

---

PO. § 654, H. E. § 493, N. E. 691); sie ist insbesondere auch darüber zulässig, daß der Wechsel von einem Anderen als dem Wechselverbundenen im Auftrage des Letzteren unterschrieben sei (vgl. § 381 Anm. 2 a. E., OLG. Jena in Seuffert, Arch. 41 Nr. 78). Der Eideszuschiebung gegenüber kommen auch hier die §§ 418 u. 419, jedoch in der Beschränkung zur Anwendung, daß als „andere Beweismittel" nur Urkunden zulässig sind (vgl. H. E. § 477 Abs. 2, Bad. PO. § 647). Die Vorschrift des Abs. 2 bringt eine gewisse Ungleichheit der Parteien mit sich. Insbesondere kann der Kläger nach § 559 den Rechtsstreit in den ordentlichen Prozeß hinüberleiten und in diesem sein Gewissen auch durch andere Beweismittel als durch Urkunden vertreten, während der Beklagte, welchem über eine Replik der Eid zugeschoben wird, nur Urkunden geltend machen darf oder den Eid leisten bzw. zurückschieben muß, sofern er es nicht vorzieht, die betreffenden Einwendungen (mit Vorbehalt — § 562) zurückzuziehen (vgl. Seuffert Anm. 2, Hellmann II S. 514, Gaupp II S. 645). Ein Antrag, den Abs. 2 dahin zu modifiziren:

„Als Beweismittel sind — sowie bezüglich der vom Beklagten zur Begründung seiner Einreden vorgebrachten Thatsachen nur — zulässig. Thatsachen, welche der Kläger zur Widerlegung der Einreden des Beklagten vorbringt, können nur durch Urkunden erwiesen werden",

ist jedoch von der RTK. abgelehnt. Die Zurückschiebung eines angetragenen Eides ist, abgesehen von § 413, unbeschränkt gestattet (anders Württ. PO. Art. 858, H. E. § 480).

4) Abs. 3: — „nur durch Vorlegung der Urkunden" — also nicht im Wege des Editionsverfahrens (§§ 386 ff., 393, 397); vgl. § 385. (Zustimmend Drache in Busch, Zeitschr. III S. 294 u. A.) Anders, wenn die Akten sich beim urtheilenden Gericht befinden (RG. VIII S. 45). Wegen der öffentlichen Urkunden gilt auch hier § 400. Hinsichtlich des Versäumnißverfahrens s. § 560 Anm. 3.

Die Urkunden sind nach § 122 vorher mitzutheilen; es gilt aber hier nicht das strenge Präjudiz wie bei § 556 (vgl. Francke in Busch, Zeitschr. IV S. 279).

5) Abs. 4: — „durch Beweisbeschluß" — nicht durch bedingtes Endurtheil (§ 425) oder Zwischenurtheil (§ 426 Abs. 2), weil dieses das klägerische Prozeßrecht auf unbedingt schleunige Durchführung beeinträchtigen würde. § 430 ist nicht ausgeschlossen und daher nicht unanwendbar, wenngleich dadurch die Schleunigkeit des Verfahrens wesentlich leidet (vgl. § 430 Anm. 3, Schollmeyer, Zwischenstreit S. 39 Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 6, Hellmann, Lehrb. S. 938. A. M.: Seuffert Anm. 4, Sydow a. a. O. S. 501 ff., welche um jenes Zweckes willen das Versäumnißurtheil des § 430 für unzulässig halten). Uebrigens kann es sich nur um zugeschobene Eide handeln; richterliche Eide sind — einschließlich des Schätzungseides des § 260 (s. Wach I S. 279 Anm. 27) — nach §§ 560, 561 („vollständig geführt") ausgeschlossen, was auch aus dem Grunde nothwendig ist, weil sonst den Parteien die Möglichkeit, besseren Beweis bzw. Beweis des Gegentheils in dem sich anschließenden ordentlichen Verfahren zu führen, abgeschnitten werden würde. [Zustimmend Hellmann II S. 515, Petersen § 558 Nr. 2 a. E., Seuffert Anm. 2d, Sydow a. a. O. S. 505 u. A.]

„Ungeachtet der Vorschrift des § 428, welche auch für den folgenden Hauptstreit die durch Eid festgestellte Thatsache als voll bewiesen bestehen läßt, kann in Folge neuer Einreden oder neuer Beweismittel für frühere, wegen mangelhaften Beweises zurückgewiesene Einreden das Resultat des Prozesses doch ein solches werden, welches das auf den geschworenen Parteieneid basirte Urtheil des Urkundenprozesses in Wegfall bringt." (Mot.)

§ 559.

1) Die Bestimmung ist eine Konsequenz des Grundsatzes, daß der Hauptstreit bereits mit dem Urkundenprozesse beginnt (s. die allg. Bem. zum 5. Buch unter 2). Solange die Verhandlung in der letzteren nicht beendigt (anders in § 243 Abs. 1) ist, kann der Kläger sein Prozeß-

40*

in der Weise abstehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

N. Entw. § 680. Entw. I. § 511. Entw. II. § 528. Entw. III. § 535. Mot. S. 352, 353. Prot. S. 281.

§ 560. Insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder in Folge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen.

---

recht auf den Urkundenprozeß aufgeben, während die Rechtshängigkeit des Hauptstreits bestehen bleibt (abweichend von § 243 Abs. 3). Die Erklärung muß vorbehaltlos sein und nicht etwa die Umleitung dem richterlichen Ermessen überlassen (s. RG. IV S. 350). Hinsichtlich der Form wird wegen der Analogie mit der Zurücknahme der Klage (s. auch RG. V S. 353, 354) § 243 Abs. 2 entsprechend anzuwenden sein. (Zustimmend Sarwey II S. 11, Gaupp II S. 647. Vgl. auch Puchelt II S. 412, Petersen § 559 Nr. 1 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, v. Bülow Anm. 2, Seuffert Anm. 1b, welche nur die Erklärung in der mündlichen Verhandlung zulassen. Zweifelhaft Hellmann II S. 518.)

2) Selbst bei Versäumung des Beklagten kann Kläger abstehen, z. B. wenn der Urkundenprozeß unzulässig ist (vgl. § 556 Anm. 2). Die Mot. bemerken:

„Auch im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten ist die desfallsige Erklärung des Klägers zulässig; dann muß aber ein anderer Verhandlungstermin angesetzt und zu diesem der Beklagte wiederholt geladen werden. Daß es nicht einer erneuten Klageanstellung bedarf, dient sowohl zur geschäftlichen Erleichterung, als zur Erhaltung der einmal erzielten Rechtshängigkeit."

Die Nothwendigkeit einer nochmaligen Ladung, abgesehen von dem Falle § 300 Abs. 2, wird von Einigen (Hellmann II S. 515 ff., Kleiner II S. 661) bestritten. Indessen darf der Beklagte, wenn der Urkundenprozeß unstatthaft ist, in dem Vertrauen ausbleiben, daß die Abweisung des Klägers nach § 560 erfolgen werde. Die Abstandnahme vom Urkundenprozesse ist ein novum, auf welches er nicht vorbereitet zu sein braucht. (S. auch Endemann II S. 545, Seuffert a. a. O. u. A.; Wilm. Levy Anm. 1 u. v. Bülow Anm. 3 halten bei verkündetem Termine eine neue Ladung für entbehrlich.)

3) Da der Urkundenprozeß und der Hauptstreit zusammen einen Rechtsstreit bilden, so bedarf es, sobald eine Partei zur Fortsetzung des Rechtsstreits ladet, einer neuen Einlassungsfrist (§ 234) nicht; es genügt die Ladungsfrist (§ 194); vgl. auch Hann. Prot. XI S. 3261 (anders N. E. § 685 Abs. 1). Wenn beide Parteien einverstanden sind, kann die Verhandlung im ordentlichen Verfahren in derselben Sitzung sich anschließen, in welcher von dem Urkundenprozesse abgestanden wird.

Wegen der Einheitlichkeit des Verfahrens s. §§ 562 Anm. 4, 563 Anm. 2; vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 147. Will Kläger die Folgen vermeiden, so muß er die Klage ganz (nach § 243) zurücknehmen. (Vgl. Endemann II S. 545, 546.)

4) In der Berufungsinstanz ist nach der Natur des Urkundenprozesses ein Uebergang in den ordentlichen Prozeß nach § 559 trotz § 485 nicht mehr möglich. Dieser letztere Paragraph trifft nicht die §§ 230—245, also auch nicht den dem § 243 entsprechenden § 559. Der Berufungsrichter kann nicht genöthigt werden, in einer anderen Prozeßart zu urtheilen, als in welcher der erste Richter verhandelt und erkannt hat. Auch kann dem Beklagten nicht im Falle des § 562 das Recht entzogen werden, das vollstreckbare Urtheil bis dahin, wo die definitive Entscheidung nach § 563 ergeht, zu beseitigen. (So RG. V S. 351 ff. u. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1176. S. auch Francke in Busch, Zeitschr. V S. 242 ff., Petersen § 559 Nr. 3, Seuffert Anm. 1 a. E. u. Puchelt II S. 412, dessen Grund freilich nicht zutrifft. A. M.: Hellmann II S. 517 u. Lehrb. S. 939, Gaupp II S. 647, Endemann II S. 445, OLG. Braunschweig in Busch, Zeitschr. VII S. 107. Zweifelhaft Kleiner II S. 662, Wilm. Levy Anm. 1.)

Ist der Urkundenprozeß unstatthaft, ist insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt, so wird die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozesse unstatthaft sind.

N. Entw. § 681. Entw. I. § 536. Entw. II. § 529. Entw. III. § 536. Mot. S. 352, 353. Prot. S. 281.

---

§ 560.

1) Abs. 1: Nur in dem hier vorausgesetzten Falle — also wenn der klägerische Anspruch materiell unbegründet ist — ist das abweisende Urtheil ein Urtheil in der Sache selbst mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Endurtheils (vgl. § 562 Anm. 1, N. E. § 684).

2) Abs. 2: Hier sind die verschiedenen Fälle behandelt, in welchen den formellen Anforderungen der vorliegenden besonderen Prozeßart nicht genügt ist (vgl. §§ 555, 556, 558), mag sich dies sogleich bei dem Vortrage der Klage oder erst später, insbesondere in Folge illiquider Repliken herausstellen (vgl. Nordd. Prot. S. 1094). Ein Beispiel enthält RG. IV S. 352 ff.

Das Urtheil betrifft daher nur die prozessualische Zulässigkeit des Urkundenprozesses und modifizirt somit die Wirkung der Abweisung des Klägers durch einen entsprechenden einschränkenden Zusatz [„daß Kläger im Urkundenprozesse abzuweisen“ oder „angebrachtermaßen“ oder „wie angebracht“ oder wörtlich, wie im Gesetze, „daß die Klage als in der gewählten Prozeßart“ (bzw. im Urkundenprozesse) „unstatthaft abzuweisen“]. Nur jene prozessualische Frage wird hier mit einer der Rechtskraft fähigen Wirkung entschieden, ähnlich wie bei der Abweisung auf Grund anderer prozeßhindernden Einreden (§ 248 Anm. 2; OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 501, Petersen §§ 560—563 II 2 u. A.).

Der Kläger kann also im ordentlichen Verfahren und (unter anderer Begründung) selbst im Urkundenprozesse (Endemann II S. 549, Puchelt II S. 414, Hellmann II S. 521, Wilm.-Levy Anm. 5 u. A. A. M.: Sarwey II S. 12, Kleiner II S. 664) von neuem klagen. Anhängig bleibt der Hauptstreit in diesem Falle nicht.

3) — „selbst wenn — sind“ — Das Vorhandensein jener formellen Erfordernisse (s. Anm. 2) ist also vor Erlassung des Urtheils (nicht früher — vgl. § 233 Anm. 1) stets von Amtswegen zu prüfen, falls nicht der Rechtsstreit durch Anerkenntniß des Beklagten erledigt wird (§ 278). [Bloßes Geständniß der Klagethatsachen (§ 556 Anm. 2) hat diese Wirkung nicht, wenn die Klage sich ihrem Gegenstande nach überhaupt nicht zum Urkundenprozesse eignet (vgl. Endemann II S. 548, Sarwey II S. 13, Hellmann II S. 520, 521, Gaupp II S. 650, Seuffert Anm. 2b u. A.).] Die Mot. folgern jenen Grundsatz theils aus den materiellen Bedingungen des klägerischen Prozeßrechts, welche mit der gewöhnlichen affirmativen Litiskontestation (§§ 129, 296) unverträglich seien, theils aus der besonderen materiellen Wirkung eines im Urkundenprozesse erlassenen verurtheilenden Erkenntnisses (§ 648 Nr. 4).

> „Der Kläger, welcher den Urkundenprozeß gewählt hat, oder bei demselben beharrt, kann die Vortheile desselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen urkundlichen Beweis antritt bzw. erbringt. Dies gilt auch beim Ausbleiben des Beklagten. Die Annahme, daß der ungehorsame Beklagte die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen zugestehe, wie sie im ordentlichen Prozesse Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf Seiten des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht. Hat aber der Kläger jener Voraussetzung eines vollständigen urkundlichen Beweises genügt, so trifft den Beklagten im Ungehorsamsfalle die Annahme des Verzichts auf jede Vertheidigung gegen das Beweismaterial des Klägers und das in judicium deduzirte Hauptrecht.“ (Mot. S. 349.)
>
> „Da ein verurtheilendes Erkenntniß, sei es ein kontradiktorisches, sei es ein Kontumazialurtheil, weil es im Urkundenprozesse ergangen ist, in der Vollstreckbarkeit (§ 648 Nr. 4) eine besondere materielle Wirkung hat, so ist, sofern nicht der Rechtsstreit durch

§ 561. Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 530. Entw. III. § 537. Mot. S. 353, 354. Prot. S. 281.

Anerkenntniß des Beklagten erledigt wird, die Zulässigkeit des Urkundenprozesses, die Zulässigkeit der angetretenen Beweise und die vollständige Erbringung jedes dem Kläger obliegenden Beweises ebenso wie die materielle Begründung der Klage unter allen Umständen von Amtswegen zu prüfen — nach allgemeinen Grundsätzen aber erst vor Erlaß des Urtheils. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so erfolgt auch beim Ausbleiben des Beklagten oder bloßem Vorbringen unstatthafter oder unzulässiger Einreden Abweisung der Klage." (Mot. S. 353.)

Die Fiktion des Geständnisses bei Nichterklärung oder Ausbleiben des Beklagten ersetzt also nicht die Vorlegung der Urkunden bei der mündlichen Verhandlung (vgl. § 558 Abs. 3, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 510, Wilm. Levy Anm. 6, 7, Seuffert Anm. 2b, S. 660 ff.). Die vorgelegten Urkunden gelten aber nach § 404 als anerkannt, der zugeschobene Eid (s. § 558 Abs. 2) in den Fällen des § 417 als verweigert. [Vgl. Sydow a. a. O. S. 482, v. Bülow § 555 Anm. 3.] Der Fall der Unstatthaftigkeit des Urkundenprozesses in Betreff des Gegenstandes unterscheidet sich in dieser Beziehung (vgl. andererseits § 556 Anm. 2) nicht von dem der Unstatthaftigkeit wegen mangelhafter Beweisführung oder Antretung. (So auch H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 343, Kurlbaum II das. III S. 191 ff., A. M.: Drache das. III S. 291 ff., Francke das. IV S. 282 ff., welcher Letztere jedoch die Fiktion des § 296 Abs. 1 für „unerheblich" hält.)

Beim Ausbleiben des Klägers wird die Klage nach § 295 ganz, nicht blos in der gewählten Prozeßart abzuweisen sein (Seuffert Anm. 1a, Endemann II S. 548 Anm. 1, Petersen §§ 560—563 II 1 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 546, 547 Anm. ***, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 368, 369).

4) „Einwendungen — —, welche — — — im Urkundenprozesse unstatthaft sind" — vgl. § 561.

Sind die Einwendungen materiell begründet und in einer im Urkundenprozesse statthaften Weise erwiesen, so ist die Klage ungeachtet der Zweifel, die der Ausdruck „selbst wenn" im Abs. 2 erregen kann, nach Abs. 1 definitiv abzuweisen, auch wenn die Klage als nicht im Urkundenprozesse statthaft sich darstellt (Gaupp a.a.O.).

5) In Betreff der Unzulässigkeit des richterlichen Eides s. § 558 Anm. 5.

§ 561.

1) Der vorliegende Fall läuft mit dem des § 560 Abs. 2 parallel. Kann der Beklagte nicht den formellen Anforderungen des Urkundenprozesses hinsichtlich des Beweises genügen (§ 558 Abs. 2, 3), so wird er in diesem mit seinen „Einwendungen" (Einreden jeder Art im weitesten Sinne, z. B. auch die Behauptung der Fälschung einer vorgelegten Urkunde, und Dupliken), soweit dieselben eines Beweises überhaupt bedürfen (s. Nordd. Prot. S. 1094), nicht gehört. Der Ausdruck (statt „Einreden" wie Entw. I hatte) ist hier wie in § 560 absichtlich gewählt, um alle Entgegnungen des Beklagten zu umfassen (Wilm. Levy § 560 Anm. 1, Endemann II S. 548, Seuffert Anm. 1, Gaupp II S. 651 u. A.).

„Die im Urkundenprozesse vom Beklagten erhobenen Einwendungen und Dupliken gelten, weil das Hauptrecht des Klägers in lite, für den ganzen Prozeß erhoben; im Stadium des Urkundenstreits aber ist Beklagter hinsichtlich derselben auf Urkunden und Eideszuschiebung beschränkt. Vermag er sie auf diese Weise nicht oder nicht vollständig zu erweisen, so folgt daraus noch nichts für die wirkliche Grundlosigkeit derselben; sie können deshalb auch nur in diesem Verfahren, d. h. provisorisch, zurückgewiesen und in dem sich anschließenden ordentlichen Verfahren vom Beklagten wieder aufgenommen werden." (Mot.)

2) Die Zurückweisung erfolgt nur in den Gründen; eine Zurückweisung in dem Tenor

§ 562. Dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruche widersprochen hat, ist in allen Fällen, in denen er verurtheilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des §. 292 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

N. Entw. §§ 682, 683. Entw. I. § 513. Entw. II. § 531. Entw. III. § 538. Mot. S. 354, 355. Prot. S. 281.

---

des Urtheils ist wenigstens nicht korrekt (vgl. § 293 Anm. 4; so auch Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 14 Anm. 2, v. Bülow Anm. 6. A. M.: Hellmann II S. 522, Endemann II S. 550, Gaupp II S. 631, 632, Wilm. Levy Anm. 3). Hat Beklagter nicht andere durchgreifende Einwendungen, und ist die Klage begründet und im Urkundenprozesse statthaft, so ergeht eine Verurtheilung des Beklagten nach § 562.

3) Eine Zurückweisung von Repliken als unstatthaft (Hann. PO. § 484 Abs. 3) findet nicht statt; in Bezug auf prozessualisch unzulässige Repliken finden vielmehr lediglich die Vorschriften des § 560 Abs. 2 Anwendung (vgl. das. Anm. 2).

§ 562.

Aehnlich § 502.

1) Abs. 1: — „welcher — widersprochen hat" — Hierunter sind nicht blos die Fälle des § 561, sondern auch diejenigen begriffen, in denen die Einwendungen materiell hinfällig befunden worden sind — eine Konsequenz der Beschränkung des Gehörs im Urkundenprozesse. Es gehört dahin selbst der Fall, wenn der Beklagte sich dem Klagantrage im Urkundenprozesse zwar unterwirft, weil er denselben in zulässiger Weise nicht zu bekämpfen vermag, aber den Anspruch bestreitet. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Klage im Allgemeinen oder auf Grund von bestimmten Einreden widersprochen ist (N. E. § 682 Abs. 2). In allen diesen Fällen ist noch Raum für den Hauptstreit. (So auch Seuffert Anm. 1, Endemann II S. 551, 552, Hellmann II S. 523, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 511, OLG. Nürnberg das. IX S. 483 u. A.)

Ausgeschlossen dagegen sind die Fälle des Anerkenntnisses und der Versäumung. Die dem Anerkenntnisse gemäß ergehende Verurtheilung (§ 278) sowie das bei Vorhandensein der Erforderniße des Urkundenprozesses (§ 560 Anm. 3) ergehende Versäumnißurtheil erledigt den Rechtsstreit definitiv mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Erkenntnisses, da hier von einer Beschränkung der Vertheidigung nicht die Rede ist. Den Beklagten trifft in diesem Falle „die Annahme des Verzichts auf jede Vertheidigung gegen das Beweismaterial des Klägers und das in judicium deduzirte Hauptrecht" (Mot. S. 349). [Vgl. auch Wach a. a. O. und gegen denselben Puchelt II S. 417.]

Der Vorbehalt kann auch in zweiter Instanz noch ausgesprochen werden (vgl. Sydow a. a. O. S. 514, Brettner in Busch, Zeitschr. III. S. 347).

2) Der ausdrückliche Vorbehalt ist das sichere Kennzeichen der beschränkten Wirkung der im Urkundenprozesse ergehenden Verurtheilung. Fehlt derselbe, so „kann" der Beklagte die Ergänzung verlangen (Abs. 2), wenn er es nicht vorzieht, die Entscheidung durch Rechtsmittel anzufechten (RG. X S. 347), welcher letztere Weg allein übrig bleibt, wenn die Ergänzung nicht bzw. nicht mehr zu erlangen ist (vgl. N. E. §§ 682 Abs. 3, 684). [So im Einklang mit den Mot. S. 354: Endemann II S. 552, Petersen §§ 560—563 III 1, Sarwey II S. 15, Gaupp II S. 653, 654, Wilm. Levy Anm. 2, Sydow a. a. O. S. 513 ff., Brettner in Böhlau, Mag. V S. 298, jetzt auch Seuffert Anm. 2. A. M.: Hellmann II S. 523, Kleiner II S. 668, welche nur die Ergänzung zulassen wollen.] Der Vorbehalt schützt nicht blos die bereits im Urkundenprozesse erhobenen Einwendungen, sondern ist in

§ 563. Wird dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig.

Insoweit sich in diesem Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und zur vollen oder theilweisen Erstattung der verursachten Kosten, sowie auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.

Erscheint in diesem Verfahren eine Partei nicht, so finden die Vorschriften über das Versäumnißurtheil entsprechende Anwendung.

N. Entw. §§ 685, 686. Entw. I. § 514. Entw. II. § 532. Entw. III. § 539. Mot. S. 354, 355. Prot. S. 281.

Konsequenz der §§ 251, 256 in Verbindung mit § 563 Abs. 1 ein allgemeiner (so auch RG. XIV S. 105, OLG. Celle in Seuffert, Arch. 36 Nr. 168); der Beklagte hat also keine Veranlassung, Einwendungen, welche nach § 561 unstatthaft sind, dennoch bereits im Urkundenprozesse geltend zu machen. Das Urtheil schafft materielle Rechtskraft für den Umfang des Vorbehalts und für die Begrenzung des nachfolgenden ordentlichen Prozesses (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 349), z. B. für die bereits im Urkundenprozesse als rechtlich unbegründet verworfenen Einreden (OLG. Karlsruhe das. Nr. 350; OLG. Kiel das. 41 Nr. 79). Vgl. § 563 Anm. 2.

3) Eines Antrags des Beklagten, den Vorbehalt auszusprechen, bedarf es nicht; letzterer ist von Amtswegen in das Urtheil aufzunehmen („ist in allen Fällen vorzubehalten").

4) Abs. 3: — „in Betreff der Rechtsmittel" — Es sind also die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig.

> „In der höheren Instanz setzen sich selbstredend die Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses, wie sie für die erste Instanz gelten (§§ 557 ff.), fort (vgl. Württ. PO. Art. 868)" (Mot.).

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erlangt das Urtheil formelle Rechtskraft (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 73).

— „und der Zwangsvollstreckung" — vgl. § 648 Nr. 4. Die Zwangsvollstreckung wird durch die Fortsetzung des Hauptstreits nicht gehemmt. Sie ist so lange zulässig, als nicht ein auf Wiederaufhebung des im Urkundenprozesse erlassenen Urtheils erkennendes Urtheil vollstreckbar geworden ist.

Nur bezüglich dieser Wirkungen ist das Urtheil „als Endurtheil anzusehen". Im Uebrigen gilt es bezüglich der materiell entschiedenen Punkte nur als Zwischenurtheil (s. d. allg. Bem. z. 5. Buch unter 3, § 563 Anm. 2. A. M. Brettner a. a. O. S. 295, welcher es für ein Endurtheil unter einer Resolutivbedingung erklärt), und, soweit der Vorbehalt reicht, nicht einmal als solches (s. § 563 Abs. 2). Vgl. §§ 272—275 Anm. 2, 275 Anm. 1—3, 276 Anm. 1.

§ 563.

Aehnlich § 503.

1) Abs. 1: Indem sich der Urkundenprozeß ohne Veränderung der Parteirollen unmittelbar in den ordentlichen Prozeß fortsetzt, hat die CPO. die auch im preuß. Mandatsprozesse noch beibehaltene Scheidung in zwei selbständige Prozesse — den einen, die Verfolgung der causa executiva, den anderen (das separatum) die der causa principalis (des Hauptrechts) betreffend — aufgegeben. Die Folgen des Grundsatzes sind sehr bedeutend:

> „Dem Beklagten wird dadurch nicht nur jede Einrede gewahrt, deren Basis sich zur selbständigen Klage nicht eignet, und ihm geschäftlich die Erhebung einer besonderen Klage erspart; es wird ihm zugleich der Vortheil der Parteistellung erhalten, so daß er bis zum Endurtheil unbeschränkt Vertheidigungsmittel vorbringen kann, während bei der Formulirung eines Einwandes als Klage dieser Klagegrund ohne Einführung erheblicher Unregelmäßigkeiten keiner Aenderung fähig sein würde, die Anstellung mehrerer Klagen hinter einander aber schwerlich gestattet werden könnte. Dem Kläger dagegen giebt die fortdauernde Anhängigkeit des Rechtsstreits das Mittel, denselben definitiv zum Austrage zu bringen und sich die Rechtskraft zu verschaffen" (Mot.).

Vgl. auch d. allg. Bem. z. 5. Buch unter 3. Das Landgericht bleibt nach § 235 Abs. 2 Nr. 2 auch in dem Falle zuständig, wenn im Urkundenprozesse der Streit bis zu dreihundert Mark herabgesunken ist. Ebenso verbleibt die Sache bei der Kammer für Handelssachen, auch wenn der Rechtsstreit, welcher sich aus dem Wechselprozesse entspinnt, nicht vor dieselbe gehört (Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXV S. 493). Ist der Vorbehalt erst in der Berufungsinstanz ausgesprochen, so bleibt auch der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig (vgl. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 507, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert § 562 Anm. 4).

2) Kasuistischer Bestimmungen über dasjenige, was in dem fortgesetzten Verfahren zuläßig oder nicht zuläßig ist (vgl. N. E. § 685 Abs. 2), hat sich die CPO. enthalten. Der Grundsatz des Abs. 1 ergiebt von selbst, daß ein neuer Klagegrund nicht zuläßig ist (RG. XI S. 4), und daß andrerseits alle Erklärungen und Unterlassungen im Urkundenprozesse für das angehängte ordentliche Verfahren in gleicher Weise fortwirken wie im ordentlichen Prozesse, z. B. auch die stillschweigend oder ausdrücklich verweigerte Erklärung über die Echtheit einer Privaturkunde, die Verweigerung und vollends die Leistung des Eides (vgl. RG. XIII S. 399, XIV S. 219), letztere jedoch vorbehaltlich der Anfechtung wegen Verletzung der Eidespflicht (RG. XIV S. 322). Ebenso ist es selbstverständlich, daß Einwendungen, welche im Urkundenprozesse als rechtlich unbegründet verworfen sind, in dem nachfolgenden Verfahren nicht wiederholt bzw. besser begründet werden können (vgl. § 562 Anm. 2), während Einwendungen, welche nur wegen mangelnden Beweises verworfen sind, mit neuen Beweisen unterstützt und ebenso neue Einwendungen unbeschränkt erhoben werden dürfen (s. auch RG. XIV S. 105, 323). Ueberhaupt ist das im Urkundenprozesse erlassene Urtheil insoweit unanfechtbar, als es nicht auf der jenem Verfahren eigenthümlichen Beschränkung beruht. (Vgl. allg. Bem. z. 5. Buch unter 2; § 559 Anm. 1; RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 841 und in Fenner und Mecke, Arch. III Nr. 66, OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. IV S. 466 ff., ROHG. 2 S. 338 ff.; Norbd. Prot. S. 1095—1097.) Umgekehrt können Einreden, über welche im ordentlichen Verfahren rechtskräftig erkannt ist, in der Berufungsinstanz des Urkundenprozesses nicht mehr geltend gemacht werden (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 76).

Ein Antrag, als besonderen Paragraphen hinzuzufügen:

> „Ein Eid kann ohne Rechtsnachtheil in der Sache selbst erlassen oder verweigert werden von Seiten des Klägers, wenn er erklärt, unter Vorbehalt des ordentlichen Verfahrens von dem Urkundenprozesse abzustehen (§ 559), von Seiten des Beklagten, wenn er erklärt, den betreffenden Streitpunkt unter Vorbehalt des ordentlichen Verfahrens im Urkundenprozesse fallen zu lassen (§ 563)“,

wurde zurückgezogen, nachdem sich der Vertreter der Reichsregierung dagegen erklärt und insbesondere bemerkt hatte, daß für den Kläger schon die Vorschrift in § 559 ausreichen würde. Der Kläger kann sich in der That die Befugniß des § 418 erhalten, wenn er nach § 559 vom Urkundenprozesse absteht. Der Beklagte kann sich gleichfalls helfen, indem er (vor der Eidesweigerung) auf die Geltendmachung des Widerspruchs im Urkundenprozesse verzichtet und sich auf den allgemeinen Widerspruch beschränkt (§ 562 Anm. 1; s. Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann II S. 517, 518, Gaupp II S. 656, Wieding a. a. O. S. 979).

Hinsichtlich des Wechselprozesses vgl. auch § 565 Anm. 3 a. E.

3) Auch hier ist bei der neuen Ladung, welche beiden Theilen freisteht, eine neue Einlassungsfrist nicht erforderlich (vgl. § 559 Anm. 3). Dies gilt namentlich auch, wenn im Wechselprozesse geklagt ist (vgl. § 567), und zwar auch bei Abstandnahme des Klägers vom Wechselprozesse. (So auch v. Bülow § 567 Anm. 2. A. M.: Sydow a. a. O. S. 493, 494.) Der Beklagte muß sich durch Vertagungsanträge gegen Nachtheile zu schützen suchen.

4) Abs. 2: — „zur vollen oder theilweisen Erstattung der verursachten Kosten“ — Die Kosten des Urkundenprozesses werden dem Kläger nur dann aufzuerlegen sein,

§ 564. Die Vorschriften der §§. 502, 503 finden im Urkundenprozesse keine Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 540. Mot. S. 355. Prot. S. 281.

§ 565. Werden im Urkundenprozesse Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.

N. Entw. § 687. Entw. I. § 515. Entw. II. § 533. Entw. III. § 541. Mot. S. 355, 356. Prot. S. 281.

---

wenn Beklagter das neue Vorbringen nicht schon im Urkundenprozesse geltend machen konnte. Die allgemeinen Grundsätze der §§ 87 ff. sind auch hier entscheidend. (Vgl. §§ 92 Abs. 2, 251 Abs. 2. Ebenso Endemann II S. 556, Petersen §§ 560—563 III 4, Gaupp II S. 657, Wilm. Levy Anm. 2. A. M.: Kleiner II S. 671, 672, Sarwey II S. 18.)

Hinsichtlich der Gebühren gilt das ordentliche Verfahren als besonderer Rechtsstreit (GKG. § 33, GO. f. RA. § 28).

5) — „sowie auf Antrag — Geleisteten" — sei es freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung. Prozessualisch enthält der Antrag eine Widerklage. Voller Schadensersatz — auch Verzugszinsen von dem auf Grund des Urtheils Gezahlten — kann nur in besonderem Verfahren verlangt werden, zumal wenn das Verfahren nicht mehr in erster Instanz schwebt. (So auch Gaupp II S. 657, III S. 147, Seuffert Anm. 2, Petersen a. a. O., Kleiner II S. 672 u. A. A. M.: Dernburg I S. 320, Förster (Eccius) I S. 334 Anm. 7, Wach, Vortr. S. 226 ff.) Vgl. § 655 Abs. 2 u. § 563 Anm. 4.

6) Abs. 3: Die Vorschrift gilt gegen beide Theile (§§ 295, 296). Das Versäumnißurtheil „ergeht ohne Rücksicht auf etwaige Erklärungen seitens der säumigen Partei im Urkundenprozesse und ohne Rücksicht auf das bereits erlassene Urtheil, da, wie festzuhalten, immer noch über die vom Kläger erhobene Klage definitiv zu erkennen ist" (Mot. S. 349). Eine fernere Konsequenz des letzteren Grundsatzes ist es, daß auch solche im Urkundenprozesse erlassene Entscheidungen, wodurch Einwendungen für unbegründet erklärt sind (§ 563 Anm. 2), durch das im ordentlichen Verfahren ergehende Versäumnißurtheil ebenso beseitigt werden können, wie sonstige Zwischenurtheile (vgl. §§ 297 Anm. 3, 562 Anm. 4; s. auch H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 345).

Ueber das Versäumnißverfahren im Urkundenprozesse s. §§ 560 Anm. 3, 562 Anm. 1.

§ 564.

Vgl. §§ 502, 503 Anm. 1, 4, 6.

Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß § 252 für das Berufungsverfahren im Urkundenprozesse unbeschränkt zur Anwendung kommt, ihr Grund darin, daß der dem letzteren eigenthümliche Vorbehalt (§ 562 Abs. 1) den Beklagten hinreichend gegen jede materielle Benachtheiligung schützt und die Kumulation jenes Vorbehalts mit dem § 502 zu Verwirrungen führen würde. Auf das Nachverfahren im ordentlichen Prozesse (§ 563) findet § 564 keine Anwendung; es gelten also hier die §§ 502, 503.

§ 565.

1) — „im Urkundenprozesse" — also, wenn Kläger diesen wählt und nicht vorzieht, im ordentlichen Prozesse zu klagen (vgl. §§ 555 Anm. 3, 556). Daß auch die Erfordernisse des § 555 bezüglich des Gegenstandes vorliegen müssen (Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. § 198a, Endemann II S. 559, Wilm. Levy Anm. 3, Gareis im Rechtslex. III S. 1292 s. v. „Wechselprozeß", O. Wächter, Encykl. des WR. S. 817, Auerbach a. a. O. S. 8 ff.), ist nicht gesagt. Das Gegentheil ergiebt sich, wie v. Amsberg in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXIV S. 329 ff. nachweist, aus der Entstehungsgeschichte (vgl. z. B. H. E. §§ 487, 488, Hannov. Prot. IX S. 3278 ff., Nordd. Prot. S. 1088, 1089, 1229 ff.) und hinsichtlich des Anspruchs auf Sicherstellung (Sicherheitsregreß — WO. Art. 26, 29) überdies aus § 13 Abs. 1 d. EG. z. CPO.

§ 566. Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gericht angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

(Uebereinstimmend: Petersen §§ 565—567 Nr. 1, Seuffert Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 935, Bach I S. 456 Anm. 41, Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXV S. 490, v. Bülow Anm. 3, Gaupp II S. 659, Sydow: Erört. z. Wechselprozesse in Busch, Zeitschr. II S. 472, 473, hinsichtlich der Sicherstellungsklage auch Wilm. Levy a. a. O., Dernburg II S. 801, Rehbein: Die allg. WO. 3. Aufl. Berlin. 1886. S. 143, OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 37 Nr. 351.)

Im Konkurse ist der „Wechselprozeß" sowenig als der Urkundenprozeß überhaupt (vgl. § 555 Anm. 3 a. E.) zulässig (vgl. Striethorst, Arch. 42 S. 87). Wegen der Unterbrechung der Wechselverjährung durch die Anmeldung im Konkurse s. EG. z. KO. § 3 Abs. 3.

2) „Wechseln im Sinne der Wechselordnung" — vgl. WO. Art. 4—7, 96, 98 Nr. 1. Indessen sind auch ausländische Wechsel, sofern sie den Erfordernissen der Gesetze des Ausstellungsorts, wenn auch nicht denen der Wechselordnung, entsprechen, mit Rücksicht auf WO. Art. 85 Wechsel im Sinne der WO.; unter jener Voraussetzung findet daher auch aus ihnen der Wechselprozeß statt, sonst nur der gewöhnliche Urkundenprozeß. (Ebenso RG. IX S. 437; Wilm. Levy Anm. 2, jetzt auch Seuffert Anm. 4, Hellmann, Lehrb. S. 935. A. M.: frühere Aufl., Petersen a. a. O., Sydow a. a. O. S. 471, 472, Gaupp II S. 660.) Auf „kaufmännische Anweisungen" u. dgl. ist der Wechselprozeß nicht ausgedehnt [anders: K. Sächs. Ges. v. 7. Juni 1849 § 30 (GBl. S. 112)].

Dagegen ist derselbe nicht auf die eigentlichen „Wechselklagen" beschränkt, sondern gilt für alle „Ansprüche aus Wechseln", z. B. auf Grund der WO. Art. 58, 65 ꝛc. (vgl. Endemann II S. 558, 559, Gaupp II S. 660; enger Sydow a. a. O. S. 473—475, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 3, Rehbein a. a. O. S. 144). Nicht hierher gehört die Bereicherungsklage aus Art. 83 d. WO. (s. auch Sarwey II S. 19, Siebenhaar S. 554, Wilm. Levy Anm. 1, Sydow a. a. O. S. 475, 476, Wächter a. a. O. Anm. 5 u. A. A. M.: Gaupp a. a. O., Endemann a. a. O.); ebensowenig ein Anspruch aus ehemännlicher Genehmigung (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1013).

Wegen der sachlichen Zuständigkeit vgl. §§ 4 Anm. 3, 508 Anm. 3, Sydow a. a. O. S. 476 ff. Der Wechselprozeß gehört vor die Kammern f. Handelssachen (s. GVG. § 101 Nr. 2).

3) — „die nachfolgenden besonderen Vorschriften" — Der „Wechselprozeß" beschränkt sich auf die Anwendung der lediglich eine beschleunigte Abwickelung bezweckenden §§ 566, 567, welche den im Uebrigen auch hier unverändert (vgl. jedoch Anm. 1) anwendbaren §§ 555—564 derogiren, und bildet somit auch formell eine Unterart des Urkundenprozesses. Andere als die in den §§ 566, 567 enthaltenen Besonderheiten des Verfahrens in Wechselsachen, wie sie z. B. das preuß. Recht enthielt [AGO. I 27 §§ 16, 19, 24 usw.], finden nicht statt, ebensowenig ein Ausschluß oder eine Beschränkung der Eideszuschiebung. Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile theilt der Wechselprozeß mit dem Urkundenprozesse (§ 648 Nr. 4). Der „Wechselarrest" (WO. Art. 2) ist durch das Ges. vom 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) aufgehoben.

Wechselsachen sind Feriensachen nach GVG. § 202 Abs. 2 Nr. 5.

In dem sich anschließenden ordentlichen Verfahren sind selbstverständlich nur solche Einwendungen zulässig, welche an sich gegen Ansprüche aus Wechseln zulässig sind (vgl. WO. Art. 82, ROHG. 20 S. 403, Endemann II S. 559, Sydow a. a. O. S. 506 ff., Dernburg II S. 803 ff. u. A.).

§ 566.

1) Abs. 1: „Wechselklagen" — sind die im Wechselprozesse angestellten Klagen (§ 565), nicht „Wechselklagen" im eigentlichen Sinne (s. § 565 Anm. 1, 2, Endemann II S. 560, Petersen §§ 565—567 Nr. 2, Sydow a. a. O. S. 477 u. A.). Voraussetzung des § 566 ist, daß im Wechselprozesse geklagt wird.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

N. Entw. § 688. Entw. I. § 516. Entw. II. § 534. Entw. III. § 542. Mot. S. 355, 356. Prot. S. 281.

§ 567. Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozesse geklagt werde.

Der besondere Gerichtsstand des Zahlungsorts [Preuß. EG. z. WO. v. 15. Februar 1850 § 6 (GS. S. 53), Württ. PO. Art. 854, P. E. § 934] entspricht dem des Vertrags (§ 29), obwohl der Erfüllungsort für einzelne Wechselverpflichtete ein anderer sein kann (vgl. Wach I S. 456). Der Zahlungsort ergiebt sich aus dem Wechsel (WO. Art. 4 Nr. 8, 97).

2) Mit dem Gerichtsstande des Zahlungsortes konkurrirt elektiv der allgemeine Gerichtsstand (vgl. §§ 12—20, 35), gleichviel ob der erstere im Auslande oder im Inlande liegt (Norbd. Prot. S. 1101). Selbstverständlich sind auch die Gerichtsstände der §§ 21, 22, 24, 28 Abs. 2, 30 in Wechselsachen anwendbar, da die Gerichtsstände des Abs. 1 nicht als ausschließliche bezeichnet sind (vgl. § 12 Anm. 1). Auch die Vereinbarung des Gerichtsstandes (§§ 38 ff. — z. B. durch die Klausel „zahlbar aller Orten" — vgl. ROHG. 4 S. 203, Thöl WR. § 334, Gareis a. a. O.) ist nicht ausgeschlossen (vgl. Sydow a. a. O. S. 478, Kowalzig: Allg. d. WO. 3. Ausg. Berlin 1882. S. 150, Rehbein a. a. O. S. 20, 129, 142).

3) Abs. 2: Der Nachdruck liegt auf „einer der Beklagten". Wird nach § 56 aus einem Wechsel gegen mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich geklagt, so bildet der allgemeine Gerichtsstand jedes Beklagten gewissermaßen einen „gemeinschaftlichen besonderen Gerichtsstand" (s. § 36 Nr. 3 a. E.) nach Wahl des Klägers.

> „Die gesetzliche Gemeinsamkeit des allgemeinen Gerichtsstandes für mehrere Wechselverpflichtete (Aussteller, Acceptanten, Indossanten, Wechselbürgen), sofern sie zusammen belangt werden (§ 57), erleichtert an sich das Verfahren und überhebt der Nothwendigkeit, die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes (§ 36 Nr. 3) nachzusuchen." (Mot.)

Vgl. Präj. Nr. 2284 d. preuß. OT. (Entsch. 20 S. 574).

Nach dem Allegat des § 57 (welches aber vielleicht auf einem Druckfehler beruht) scheint es, als wenn der Gerichtsstand des Abs. 2 auch bei Klagen aus mehreren Wechseln gelten soll. Dies ist in der That unbedenklich, wenn die Mitverbundenen genau dieselben sind. Soweit aber nach § 57 auch Klagen aus solchen Wechseln verbunden werden, aus welchen nicht alle Beklagten haften, kann der nur aus einem dieser Wechsel begründete Gerichtsstand nicht auf die aus anderen Wechseln Verpflichteten ausgedehnt werden („Zahlungsorts").

4) Abs. 2 bezieht sich nur auf „Wechselklagen" (s. Anm. 1 u. § 567 Abs. 1). Auf weitere Klagen gegen Mitverpflichtete (vgl. z. B. Preuß. EG. z. WO. v. 15. Febr. 1850 § 6) ist der Gerichtsstand nicht ausgedehnt. Ebensowenig findet derselbe bei der Bereicherungsklage aus Art. 83 d. WO. oder bei solchen Klagen aus Wechseln, welche im ordentlichen Prozesse oder im Mahnverfahren geltend gemacht werden, Anwendung (vgl. § 565 Anm. 2, Rhein. Arch. Bd. 47 S. 94, Petersen §§ 565—567 Nr. 2). Dagegen macht es hinsichtlich der Anwendbarkeit des Abs. 2 keinen Unterschied, ob einer oder mehrere Beklagte Ausländer sind oder doch im Auslande ihren Wohnsitz haben (vgl. §§ 12 Anm. 3, 13 Anm. 2, ROHG. 4 S. 320, Entsch. d. preuß. OT. 63 S. 454, Wilm. Levy Anm. 4, Gaupp II S. 662 rc.).

§ 567.

1) Abs. 1: Diese besondere Erklärung erübrigt zugleich die nach § 556 erforderliche Erklärung (vgl. § 555 Anm. 1). Auch hier ist die Form kategorisch („muß"). Vgl. § 556 Anm. 1.

2) Abs. 2: Die dreifach abgestufte Einlassungsfrist ist erheblich kürzer als im ordentlichen Prozesse (§ 234) und macht somit den Antrag auf Abkürzung (§ 204) entbehrlich, indem

Die Einlassungsfrist beträgt, wenn die Klage am Sitze des Gerichts zugestellt wird, mindestens vierundzwanzig Stunden; wenn sie an einem anderen Orte im Bezirke des Gerichts zugestellt wird, mindestens drei Tage; wenn sie an einem anderen deutschen Orte zugestellt wird, mindestens eine Woche.

N. Entw. §§ 689, 690. Entw. I. § 517. Entw. II. § 535. Entw. III. § 543. Mot. S. 355, 356. Prot. S. 281.

---

die Erklärung (Abs. 1) den in anderen Fällen mitzutheilenden Beschluß des Gerichts ersetzt, wodurch die Abkürzung bewilligt wird. Daß danach unter Umständen die Frist im amtsgerichtlichen Verfahren länger ist, als im Verfahren vor dem Landgericht, enthält keinen Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen (wie Drache in Busch, Zeitschr. III S. 290 meint). Die Fristen des Abs. 2 gelten auch im Falle der §§ 481 und 517 (vgl. § 481 Anm. 1). Wegen der öffentlichen Zustellung vgl. § 459 Anm. 3, wegen der Zustellung im Auslande §§ 234 Abs. 2, 459 Abs. 2. Die Ladungsfrist (§ 194) wie alle übrigen Fristen, z. B. die Nothfristen zur Einlegung von Rechtsmitteln, sind die gewöhnlichen. (Vgl. Sydow a. a. O. S. 497—499, v. Bülow Anm. 4, Petersen §§ 565—567 Nr. 3, Seuffert Anm. 2, Auerbach a. a. O. S. 52 u. A. A. M. Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 343 Anm. 22.)

Sechstes Buch.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen.

§ 568. Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.

N. Entw. §§ 1071, 1085. Entw. I. § 518. Entw. II. § 536. Entw. III. § 544. Mot. S. 360. Prot. S. 281.

Erster Abschnitt.

Mot. S. 357—360.

1) Der CPO. liegt in diesem Abschnitt vorzugsweise die (durch § 5 Abs. 1 d. AG. z. CPO. außer Kraft gesetzte) preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 über das Verfahren in Ehesachen (GS. S. 184) zu Grunde, welche dem P. E. (§§ 844—886), dem preuß. Gesetze, betr. die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnißsachen in der Provinz Hannover, v. 1. März 1869 (GS. S. 357) und der Bayer. PO. (Art. 655—681) zum Vorbilde gedient hat. Diese Vorschriften sind von der Nordd. Prozeßkommission unter Mitberücksichtigung der Bestimmungen des franz. Rechts (Code civ. art. 180—202, 229—274, 306—311, Code de proc. art. 875—881, der Bad. PO. (§§ 1030—1055) und des sächs. Entw. (§§ 930—978) einer Revision unterzogen und die hieraus hervorgegangenen Vorschriften des NE. (§§ 1071—1108) wiederum in den Entwürfen der CPO. und schließlich von der RTK. nicht unerheblich modifizirt.

2) Der § 568 Abs. 1 bezeichnet im Anschluß an die bereits in § 171 des StGB. adoptirte Dreitheilung des preußischen Rechts diejenigen Rechtsstreitigkeiten, auf welche sich das Verfahren in Ehesachen bezieht („Ehesachen"), und der § 592 giebt eine — durch die Verschiedenartigkeit des materiellen Eherechts und der einschlagenden Terminologie in den einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands nothwendig gewordene — Definition dieser Rechtsstreitigkeiten. Im Uebrigen wird das materielle Eherecht durch die CPO. nicht berührt; um hierüber in Bezug auf Punkte, welche auf der Grenze des materiellen und des Prozeßrechts liegen, keinen Zweifel zu lassen, sind in das EG. z. CPO. die Bestimmungen des § 16 Nr. 5—8 aufgenommen worden.

3) Die Rechtsstreitigkeiten wegen Trennung der Ehe umfassen nach § 592 die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe (eigentliche Ehescheidungsklage) und die auf zeitweilige

Trennung von Tisch und Bett (vgl. z. B. Sächs. CivGB. §§ 1752 ff.). Die Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps), welche in den Entwürfen noch ausgeführt war, ist durch § 78 des Gesetzes über den Personenstand usw. vom 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) aufgehoben worden. Auch in Ehescheidungsprozessen zwischen ausländischen Ehegatten, in deren Heimath die Ehescheidung unzulässig ist und nur auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt werden kann, haben die zuständigen deutschen Gerichte auf vollständige Auflösung des Ehebundes zu erkennen (So auch RG. III S. 28, XI S. 29). Zu den Ehescheidungsklagen gehört aber auch die nach § 77 Abs. 2 jenes Gesetzes zulässige Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe auf Grund einer vor dem Inslebentreten desselben ausgesprochenen Trennung von Tisch und Bett; das „ordentliche Prozeßverfahren" im Sinne jenes Gesetzes ist gegenwärtig das für Ehesachen geltende regelmäßige Prozeßverfahren (So auch Seuffert S. 667 Anm. *, Gaupp III S. 2 a. E., 13 a. E.; vgl. Seuffert, Arch. 31 Nr. 104).

4) Bezüglich der Rechtsstreitigkeiten wegen Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe folgt die CPO. wiederum dem preuß. Rechte (vgl. auch StrGB. § 171 u. Ges. v. 6. Febr. 1875 § 75), welches als nichtig eine Ehe bezeichnet, der ein impedimentum dirimens publicum (d. h. ein auch von Amtswegen geltend zu machendes Hinderniß), als ungültig (relativ nichtig) eine Ehe, der ein impedimentum dirimens privatum (d. h. ein Hinderniß, welches nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann) entgegensteht [ALR. II 1 §§ 933, 934, (945, 946); vgl. auch Sächs. CivGB. §§ 1621—1629, v. Savigny, System des RR. IV S. 536 ff., Dernburg, I § 71 S. 146, 147, III S. 19], während nach katholischem und protestantischem gemeinem Eherechte (vgl. Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts § 251, v. Scheurl: Das gemeine deutsche Eherecht usw. Erlangen 1882. S. 274 ff., 350 ff.) mit der Klage auf Annullation sowohl die öffentlichen wie die privaten trennenden Ehehindernisse verfolgt werden und ein Gleiches von der demande en nullité du mariage des franz. Rechts (Code civ. art. 180—202) und der Klage auf Ungültigkeit in der Bad. PO. (§ 1050) gilt (vgl. auch RG. IX S. 215).

Die Definition der Nichtigkeitsklage in § 592 umfaßt auch die Anfechtung einer Ehe wegen Klandestinität nach franz. Rechte (Code civ. art. 187, 190, 191) und wegen Eheverfänglichkeit nach badischem Rechte (Bad. LR. I 5 Kap. 4 Satz 191).

5) Ueber die Rechtsstreitigkeiten wegen Herstellung des ehelichen Lebens bemerken die Mot.:

> „Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (Preuß. Gesetz vom 1. März 1869 § 1) — von Baden § 1053 als Antrag auf Fortsetzung der Ehe, von dem sächs. Entw. § 930 Nr. 2 als Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet — hat sich im vollen Umfange nur in denjenigen Rechtsgebieten entwickeln können, in welchen die malitiosa desertio auf den Fall einer Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Ort beschränkt ist. Wo sich dagegen die Scheidung wegen Quasi-Desertion (vgl. Richter-Dove, Lehrbuch 6. Aufl. S. 850, 851, 857; Mejer, Lehrbuch des deutschen Kirchenrechts 3. Aufl. S. 646) ausgebildet hat, erscheint die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht als Gegenstand einer selbständigen Klage, sondern als Zweck eines der Scheidungsklage wegen Desertion vorangehenden Verfahrens oder als Bestandtheil des Desertionsprozesses selbst. An diesen Gestaltungen soll durch den Entwurf nichts geändert werden; der Entwurf beabsichtigt nicht — — die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war, er bestimmt nur, daß sie in den Gebieten, in welchen sie besteht, als Ehesache behandelt werden soll. Auch ist zur Aufrechterhaltung des geltenden Rechts im § 774 Abs. 2 Vorkehrung getroffen, daß die zur Erzwingung einer Handlung im § 774 Abs. 1 gestatteten Maßregeln im Falle der Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Landesgesetze (wie z. B. Baden § 1054) die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären."

[Vgl. Entsch. d. preuß. OT. 58 S. 409, § 5 d. Preuß. AG. z. CPO.; RG. V S. 165.]

6) Das Verfahren wegen Scheidung der Ehe auf Grund gegenseitiger Einwilligung ist wegen Zusammenhangs mit dem materiellen Eherecht, und da die Prozedur weniger der streitigen als der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört, nicht in der CPO. geregelt;

vielmehr sind im EG. z. CPO. § 16 Nr. 5 die desfallsigen landesgesetzlichen Bestimmungen (vgl. z. B. Preuß. ALR. II 1 § 716 ff., Code civ. art. 233, 275—294, 297, 305, Code de proc. art. 881, EG. z. Bayer. PO. v. 29. April 1869 § 69, Bad. Ges. v. 28. Mai 1864 § 10) aufrecht erhalten.

Die Vorschriften über Ehescheidung durch landesherrliche Genehmigung bleiben selbstverständlich gleichfalls unberührt, da sie ein gerichtliches Verfahren gar nicht betreffen (ebenso Siebenhaar S. 558, Gaupp III S. 4).

7) Klagen, welche die Erlangung der Einwilligung Dritter zu einer beabsichtigten Ehe (sächs. Entw. § 930 Nr. 1) oder die Beseitigung des gegen eine beabsichtigte Ehe erhobenen Einspruchs (demande en mainlevée de l'opposition — Code civ. art. 177, 178) zum Gegenstande haben, Klagen auf Eingehung einer Ehe, Verlöbnißstreitigkeiten, Klagen, welche die Beendigung der Ehe zufolge Todeserklärung des einen Ehegatten betreffen (sächs. Entw. § 930 Nr. 7), gehören nicht zu den Ehesachen im Sinne der CPO. Selbstverständlich unterliegen dieselben aber im Uebrigen den (allgemeinen) Vorschriften der CPO. und gehören als Streitigkeiten über nicht vermögensrechtliche Ansprüche gleich den Ehesachen zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte (GVG. §§ 23, 70); abweichende partikularrechtliche Vorschriften sind aufgehoben, soweit sie nicht, wie z. B. die Todeserklärungen, nach den Vorschriften der CPO. selbst ganz oder theilweise (§ 823, E. G. z. CPO. § 11) aufrecht erhalten werden.

8) Das Verfahren in Ehesachen richtet sich im Allgemeinen, insoweit nicht in diesem Abschnitte und im GVG. Abweichungen vorgeschrieben sind, nach den Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz. Die Abweichungen beruhen vorwiegend auf dem Interesse des Staats an dem Ausgange des Rechtsstreits, durch welches der sonst im Civilprozeßverfahren maßgebende freie Wille der Parteien beschränkt wird. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Beschränkung der Dispositionsbefugniß der Partei durch Verbot des vereinbarten Gerichtsstandes (§ 40 Abs. 2), durch Ausschluß der im § 577 aufgeführten Vorschriften, durch Beseitigung des Versäumnißverfahrens gegen den Beklagten (§ 578), das Erforderniß eines Sühneversuchs vor Erhebung der Ehescheidungsklage oder der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 570—573), die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft (§§ 569, 586—590) und die Befugniß des Gerichts, zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe Thatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, zu berücksichtigen und von Amtswegen die Aufnahme von Beweismitteln anzuordnen (§ 581). [Vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 165 ff., 453 ff. über das Offizialverfahren in Ehesachen.] Abweichungen anderer Art finden sich in den §§ 574—576, 587, 644 Abs. 2 und in § 171 des GVG. (Ausschluß der Oeffentlichkeit). Dagegen ist § 267 nicht unanwendbar (RG. XII S. 438).

Gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheile in Ehesachen findet stets die Revision statt, da sich die in § 508 Abs. 1 enthaltene Beschränkung nur auf vermögensrechtliche Ansprüche bezieht. Vgl. § 508 Anm. 2.

9) In diesem Abschnitte betreffen § 568 den Gerichtsstand, § 569 die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, §§ 570—573 den Sühneversuch, §§ 574—584 das Verfahren, §§ 585—591 die Nichtigkeitsklage, § 592 giebt einige Begriffsbestimmungen.

§ 568.

Literatur: Wach I S. 472 ff.

1) Abs. 1: Die Ehesachen sind ihrer großen Wichtigkeit wegen vor die Landgerichte verwiesen, in der Art, daß letztere für ausschließlich zuständig erklärt sind (vgl. §§ 12 Anm. 1, 33 Abs. 2, 40 Abs. 2). Den bürgerlichen Gerichten — im Gegensatz zu den geistlichen — ist bereits durch § 76 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes usw. v. 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) für das ganze Deutsche Reich in streitigen Ehesachen die ausschließliche Zuständigkeit beigelegt, und § 15 Abs. 3 des GVG. bestätigt dies, indem er bestimmt, daß die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten, ins-

§ 569. In Ehesachen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt. Der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte sowie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann der Staatsanwalt beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntniß zu setzen.

---

besondere bei Ehe- und Verlöbnißsachen, ohne bürgerliche Wirkung ist. Vgl. GVG. § 15 Anm. 5.

2) Das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13—18), ist nicht blos für die Klagen seiner Ehefrau gegen ihn, sondern auch für seine eigenen Klagen gegen die Ehefrau zuständig.

Auch für Ehesachen gilt das überhaupt die CPO. beherrschende Territorialprinzip im Gegensatz zum Nationalitäts- oder Angehörigkeitsprinzip (vgl. § 12 Anm. 3, Wach I S. 472 Anm. 1, RG. III S. 31). Klagen in Ehesachen zwischen Ausländern, welche in Deutschland ihren Wohnsitz haben, können hiernach bei demjenigen Landgericht erhoben werden, welches für den zeitigen Wohnort des Ehemanns zuständig ist. Ueber die Folgen jenes Prinzips für das materielle Eherecht s. Gaupp III S. 15 ff., RG. IX S. 191 u. im R.Anz. 1886 b. Beil. 5 S. 296.

Der Gerichtsstand ist ein sachlicher; das eheliche Verhältniß erscheint am allgemeinen Gerichtsstand des Ehemanns in prozessualer Hinsicht lokalisirt (Wach I S. 473).

3) Abs. 2: Der in Abs. 1 hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit aufgestellte Grundsatz ist in dem Falle, wenn der Ehemann seine Ehefrau verläßt und seinen Wohnsitz (auf diesen, nicht auf den Aufenthalt kommt es an) im Auslande nimmt, ohne einen Wohnsitz im Inlande zu haben („nur im Auslande"), ohne thatsächlichen praktischen Werth (vgl. § 13 Anm. 2). Abs. 2 enthält daher für diese Fälle eine Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 1, indem der Ehefrau ein zweiter Gerichtsstand zur Auswahl gestellt wird. Das Wort „kann" drückt nämlich aus, daß der durch Abs. 2 begründete Gerichtsstand kein ausschließlicher ist, vielmehr mit dem Gerichtsstande des Wohnsitzes des Ehemanns im Auslande konkurrirt. Ist der Aufenthalt des Ehemanns unbekannt, so findet § 18 in Verbindung mit Abs. 1 des § 568 Anwendung (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 38 Nr. 283).

— „seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche" — und zwar nicht bloß, wenn er noch als Ehemann der Klägerin im Deutschen Reiche einen Wohnsitz hatte — in welchem Falle es auch nicht darauf ankommt, ob die Ehefrau erst im Auslande verlassen ist — sondern auch, wenn er schon vor der Eheschließung seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt hatte (RG. IX S. 393 ff., Seuffert Anm. 2, Wach I S. 473 Anm. 6, Gaupp III S. 14 Nr. II, Kleiner II S. 681, Hellmann II S. 534 u. Lehrb. S. 893, jetzt auch Petersen § 568 Nr. 2, Wilm.-Levy Anm. 7. A. M. früh. Aufl.).

— „sofern der Beklagte — — Deutscher war" — War der Ehemann zur Zeit des Verlassens seiner Ehefrau kein (oder nicht mehr) Deutscher, so kann im Deutschen Reiche nicht geklagt werden (vgl. Sarwey II S. 26, 27, Petersen a. a. O., Wach a. a. O.).

Ob die Klage auf bösliche Verlassung gegründet wird, ist unerheblich.

4) Für Preußen bestimmt sich (vgl. AG. z. CPO. §§ 5, 6) nach den Vorschriften des § 568 auch die Zuständigkeit des Amtsgerichts zum Erlaß eines richterlichen Befehls zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens sowie eines richterlichen Besserungsbefehls (s. auch EG. z. CPO. § 16 Nr. 6). Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 244.

§ 569.

Literatur: Barazetti in Annalen der Bad. Gerichte Bd. 49 S. 360 ff., Hellmann, Lehrb. S. 892.

1) Während nach der CPO. eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozesse in der Regel nicht eintritt, ist sie ausnahmsweise für das Verfahren in Ehesachen wegen des dabei konkurrirenden öffentlichen Interesse zugelassen (vgl. auch Nordd. Prot. S. 2194, 2195).

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Im Sitzungsprotokoll ist der Name des Staatsanwalts anzugeben, auch sind in dasselbe die von dem Staatsanwalte gestellten Anträge aufzunehmen.

N. Entw. §§ 1076–1078. Entw. I. § 519. Entw. II. § 537. Entw. III. § 545. Mot. S. 360–362. Prot. S. 281–286, 595–599, 723–725.

Die Entwürfe schlugen eine obligatorische Mitwirkung vor; die RTK. hat, nachdem sie jede Mitwirkung der Staatsanwaltschaft beseitigt hatte, erst bei Revision der zweiten Lesung sich für fakultative Mitwirkung erklärt („befugt", „kann"). Es hängt darnach von dem Ermessen des Staatsanwalts ab, ob er im einzelnen Falle der Verhandlung beizuwohnen für angemessen oder nothwendig erachtet, was jedoch nicht ausschließt, daß seine vorgesetzte Behörde ihn anweisen kann, allen Verhandlungen beizuwohnen. Die Abwesenheit des Staatsanwalts begründet niemals die Verletzung eines Gesetzes.

Ebenso unterliegt es, wenn er im Termine anwesend ist, seinem Ermessen, ob er sich gutachtlich äußern oder neue Thatsachen oder Beweismittel vorbringen will (Abs. 3).

Ueber den geschäftlichen Verkehr zwischen den Gerichten und der Staatsanwaltschaft in Ehesachen s. Allg. Verf. des preuß. Just.-Min. v. 13. Juni 1881 (JMBl. S. 137).

2) Die (formlose) Benachrichtigung des Staatsanwalts von allen Terminen (auch den nicht vor dem erkennenden Gerichte stattfindenden Beweisaufnahmeterminen) ist obligatorisch. Das Gericht hat also bei Unterlassung der Benachrichtigung, sofern der Staatsanwalt nicht trotzdem erschienen ist, von Amtswegen zu vertagen. Ein allgemeiner Verzicht auf die Benachrichtigung von Seiten des Staatsanwalts ist nicht zuläſſig.

3) Abs. 3: Der Staatsanwalt hat — abgesehen von Nichtigkeitsklagen (§§ 585–591) — nicht die Rolle einer Partei, sondern soll nur die Stellung eines defensor matrimonii den Parteien gegenüber wahrnehmen.

> „Er hat die Ermittelung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern. Er ist daher befugt, Informationen über die wahre Sachlage einzuziehen und das Resultat dem Gerichte zu unterbreiten; sofern es sich um die Aufrechterhaltung der Ehe handelt, kann er nach § 569 Abs. 3 neue Thatsachen und Beweise vorbringen. Der Beurtheilung des Gerichts unterliegt es, ob das von dem Staatsanwalt vorgelegte Material von Erheblichkeit sei, und ob die von demselben angeregte Beweisaufnahme zu erfolgen habe". (Mot.)

(Vgl. auch Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 218 ff.) Mit neuen Thatsachen und Beweisen zur Förderung der Ehetrennung ist der Staatsanwalt nicht zu hören (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 265).

Dieser Stellung entspricht es, daß dem Staatsanwalt vom Vorsitzenden in der Regel erst nach dem Plaidoyer der Parteien das Wort ertheilt wird, und daß die Parteien nicht ein Recht darauf haben, nach Stellung des Antrags des Staatsanwalts noch das Wort zu verlangen (vgl. StrPO. § 257 Abs. 2), die Ertheilung des Worts vielmehr im Ermessen des Vorsitzenden bzw. des Gerichts (§ 127 Abs. 4) liegt. (Vgl. Nordd. Prot. S. 2196 u. N. E. § 1077, Seuffert Anm. 5, Sarwey II S. 28 Anm. 4, Petersen § 569 Nr. 3, Hellmann II S. 586, Gaupp III S. 14. A. M. Endemann III S. 10, welcher den Parteien unter Berufung auf § 579 Abs. 1 ein Recht zuspricht, auf die Ausführungen und vollends auf die Geltendmachung neuer Thatsachen und Beweismittel seitens des Staatsanwalts noch gehört zu werden; s. auch Wilm. Levy Anm. 4.)

4) Zur Einlegung von Rechtsmitteln ist der Staatsanwalt — abgesehen von der Nichtigkeitsklage (§ 589) — in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzen und Entwürfen nicht für befugt erklärt, auch nicht im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe.

5) Abs. 4: vgl. §§ 145, 146. Der „Feststellung" der Anträge im Sinne der §§ 146 Abs. 2 Nr. 2 u. 269 bedarf es nicht.

§ 570. Der Vorsitzende darf den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den nachfolgenden Vorschriften über den Sühneversuch genügt ist.

N. Entw. § 1079. Entw. I. § 519. Entw. II. § 538. Entw. III. § 546. Mot. S. 362–364. Prot. S. 286.

§ 571. Der Kläger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Anberaumung eines Sühnetermins zu beantragen und zu diesem Termine den Beklagten zu laden.

Durch die Zustellung der Ladung wird die Verjährung unterbrochen.

N. Entw. §§ 1091, 1092. Entw. I. § 521. Entw. II. § 539. Entw. III. § 547. Mot. S. 363. Prot. S. 286–288.

---

§§ 570–574.

Im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe bzw. des ehelichen Friedens hat die CPO. als Regel vorgeschrieben, daß der Ehescheidungsklage sowohl wie der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens — nicht aber den Klagen, welche die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstand haben — ein Sühneversuch (abweichend von § 268) vorausgehen muß. Derselbe ist aber nicht, wie nach Preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 10–15 und Ges. v. 1. März 1869 §§ 10–13, ein geistlicher, sondern — wie nach ALR. II 1 §§ 727, 730 u. AGO. I 40 §§ 25–27, 48, Code civ. art. 238, 239, Bayer. PO. Art. 660–665, PE. §§ 846, 848–853, N. E. §§ 1090–1097 — ein gerichtlicher, und zwar ein ausschließlich gerichtlicher, nachdem die in den Entwürfen enthaltene Bestimmung, daß das Gericht den Seelsorger einer jeden Partei um seine Mitwirkung in dem Sühnetermine zu ersuchen habe, sowie auch ein vermittelnder Antrag, daß dasselbe den Seelsorger ersuchen könne, von der RTK. verworfen worden ist.

§ 570.

Der § 570 enthält eine Modifikation des Satzes, daß der Vorsitzende bei Anberaumung des Termins auf die Klage überhaupt eine sachliche Prüfung nicht vorzunehmen hat (vgl. § 233 Anm. 1). Der Kläger hat dem Vorsitzenden das über den Sühneversuch aufgenommene Protokoll vorzulegen. Vorherige Zustellung der Klage ist schon wegen des § 230 Nr. 3 unwirksam.

§ 571.

1) Im Gegensatz zum franz. Recht, welches die Vornahme des Sühneversuchs dem Vorsitzenden des Ehegerichts überträgt, ist dieselbe dem Amtsgerichte als der den Personen und Verhältnissen am nächsten stehenden Behörde überwiesen.

2) Neben dem obligatorischen Sühneversuche des § 571 steht der fakultative des § 268.

> „Selbstverständlich ist das Landgericht nicht gehindert, auf Grund des § 268 die Sühne zu wiederholen oder in den Fällen, in denen sie vor Erhebung der Klage nach §§ 573, 574 Abs. 2 nicht erforderlich war, bei veränderten Umständen nachträglich vorzunehmen" (Mot.).

3) — „vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat" — vgl. § 568 Abs. 1, nicht im Falle des Abs. 2 (§ 573).

— „zu laden" — Die Ladung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 191 ff. § 194 findet jedoch keine Anwendung, da man von einer „anhängigen Sache" hier nicht reden kann (Hellmann II S. 538, Kleiner II S. 685, 686, Gaupp III S. 20, Petersen §§ 570–573 Nr. 2 u. A. A. M.: Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 29). Die Bemessung der Frist hängt daher lediglich vom Amtsrichter ab. Der Antrag kann sich auf eine kurze Angabe des Zwecks des anzuberaumenden Termins beschränken (vgl. § 471) und braucht den Erfordernissen einer Klageschrift nicht zu entsprechen. (So auch OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 108.) Die Zustellung der Ladung kann auch unter Vermittelung des Gerichtsschreibers geschehen, weil der Sühneversuch keinen Theil des Anwaltsprozesses bildet, sondern demselben vorauszugehen hat (vgl. auch Seuffert a. a. O., Petersen a. a. O. u. A.).

§ 572. Die Parteien müssen in dem Sühnetermine persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden.

Erscheint der Kläger oder erscheinen beide Parteien in dem Sühnetermine nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen.

N. Entw. §§ 1093, 1094. Entw. I. § 522. Entw. II. § 540. Entw. III. § 548. Mot. S. 362. Prot. S. 288, 289, 599, 600.

§ 573. Der Sühneversuch ist nicht erforderlich, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande ist, wenn dem Sühneversuche ein anderes schwer zu beseitigendes Hinderniß entgegensteht, welches von dem Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist.

Ueber das Vorhandensein dieser Voraussetzungen entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

N. Entw. § 1096. Entw. I. § 524. Entw. II. § 542. Entw. III. § 550. Mot. S. 363. Prot. S. 290, 291.

Für den Sühnetermin kann auch das Armenrecht (bei dem Prozeßgerichte) nachgesucht werden (vgl. § 109 Anm. 1).

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21, 23 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. §§ 37 Abs. 1, 13 Nr. 3.

§ 572.

1) Abs. 1: vgl. § 132.

„Beistände“ — vgl. § 86, dessen Abs. 1 hier eine Ausnahme erleidet. Unter dem Gesichtspunkte der „Beistände“ können auch die Seelsorger der Parteien zugelassen werden. (So auch Petersen §§ 570—573 Nr. 2, Gaupp III S. 21.)

2) Abs. 2: Ein sachliches Präjudiz ist an das Nichterscheinen des Beklagten nicht geknüpft. Die Bestimmung der Entwürfe: „Auf Antrag des Klägers ist gegen den nicht erschienenen Beklagten wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden“ ist von der RTK. gestrichen worden.

„Erscheint der Kläger“ — nämlich nach Abs. 1 persönlich. Ein nur durch einen Bevollmächtigten vertretener Kläger gilt als nicht erschienen.

3) — „verliert die Ladung ihre Wirkung“ — Der ausgebliebene Kläger muß also, um die Klage anstellen zu können, den Beklagten zu einem neuen Sühnetermin laden lassen. Auch gilt die Verjährung nicht für unterbrochen (§ 571 Abs. 2).

4) Ueber den Sühneversuch ist, auch wenn derselbe mißlingt, ein Protokoll aufzunehmen (vgl. §§ 145, 146 Abs. 1 u. 2 Nr. 1). Dasselbe ist beim Mißlingen der Sühne der Klageschrift in Abschrift beizufügen.

§ 573.

1) Abs. 1: — „unbekannt oder im Auslande“ — vgl. § 186. — „schwer zu beseitigendes Hinderniß“ — z. B. schwere Krankheit einer der Parteien, welche durch den Sühneversuch verschlimmert werden könnte. — „welches von dem Kläger nicht verschuldet ist“ — d. h. mit der Absicht, den Sühneversuch zu hindern (vgl. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. VI S. 181). — „oder wenn — vorauszusehen ist“ — d. h. in Fällen, in welchen der Sühneversuch voraussichtlich eine bloße Form sein würde. Ein Antrag auf Streichung des letzteren Passus wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem der Vertreter der Reichsregierung bemerkt hatte, es liege nicht in der Absicht, hier ein Sondervorrecht für sozial hochgestellte Personen zu schaffen.

2) Abs. 2: Der Vorsitzende hat, wenn er eine der drei Voraussetzungen des Abs. 1 für vorhanden annimmt, entgegen der Regel des § 570, den Verhandlungstermin ohne vorausge-

§ 574. Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig.

N. Entw. §§ 1089, 1090. Entw. I. § 525. Entw. II. § 543. Entw. III. § 551. Mot. S. 364, 365. Prot. S. 291, 292, 601, 602.

---

gangenen Sühneversuch anzuberaumen. Der Beklagte darf nicht vorher gehört werden. Gegen die abweisende Entscheidung findet nach § 530 Beschwerde statt.

Der nicht glücklich gewählte Ausdruck „Vorsitzende des Landgerichts" ist nicht gleichbedeutend mit dem „Vorsitzenden des Prozeßgerichts" in § 185 und „Vorstand des Gerichts" in § 271, sondern bedeutet „den Vorsitzenden der Kammer", in welcher die Ehesachen verhandelt werden (vgl. auch §§ 326—328). [So auch Gaupp III S. 22, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 3 u. A.]

3) Eine Verletzung des § 573 ist nicht revisibel (RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1178).

§ 574.

1) Abs. 1: Es liegt hierin eine Abweichung von dem Grundsatze der §§ 235 Nr. 3, 240 (s. § 240 Anm. 2), welche aus dem Wunsche hervorgegangen ist, die Vervielfältigung der Eheprozesse zu vermeiden (vgl. Nordd. Prot. S. 2200).

— „bis zum Schlusse — Urtheil ergeht" — vgl. §§ 251, 253, 256.

In Konsequenz der Bestimmung des Abs. 1 ist auch in der Berufungsinstanz die Geltendmachung neuer Klagegründe noch zulässig, obwohl § 489 nirgends ausdrücklich für unanwendbar erklärt ist. Denn die Bedeutung des § 489 im Gegensatz zu dem für die erste Instanz maßgebenden § 235 Abs. 2 Nr. 3 beruht auf den Worten „selbst mit Einwilligung des Gegners", und wenn es in erster Instanz auf die Einwilligung des Gegners gar nicht ankommt, verliert § 489 überhaupt seine Anwendbarkeit. So auch die unwidersprochen gebliebene Erklärung des Regierungsvertreters in der RTK. (Prot. S. 291, 601). [Vgl. auch P. E. § 867, Nordd. Prot. S. 2200. Uebereinstimmend: Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 30, Petersen § 574 Nr. 2, Hellmann II S. 540 ff. u. Lehrb. S. 894, Kleiner II S. 689, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 144 Anm. 83, Gaupp III S. 23, RG. IX S. 393, XI S. 354 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 189, obLG. f. Bayern das. 37 Nr. 352, OLG. Braunschweig das. Nr. 275, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 512 u. s. w. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Puchelt II S. 427 Anm. 3, Endemann III S. 16.] Auch die Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz ist demgemäß zulässig bzw. nach § 576 sogar geboten. Vgl. § 575 Anm. 1. Die Ehescheidungsklage kann jedoch, wenn in erster Instanz nur auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt war, nicht neu erhoben werden, weil auf diesen Fall § 576 nicht zutrifft. (So auch OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 41 Nr. 152; vgl. § 576 Anm. 1.) Anders, wenn auf Trennung von Tisch und Bett geklagt war (s. oben u. § 575 Anm. 1).

Gemäß Abs. 1 ist ferner trotz § 491 Abs. 2 eine Aenderung des Klageantrags für zulässig zu erachten. [So auch RG. VIII S. 350, OLG. Hamburg u. Braunschweig in Seuffert, Arch. 37 Nr. 274, 275 (Scheidung statt Trennung von Tisch und Bett), OLG. Stuttgart das. 41 Nr. 152, Seuffert Anm. 2a. A. M. RG. XI S. 353 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 364 (nicht Ungültigkeitserklärung statt Scheidung) wegen des Ausdrucks „Klagegründe".]

2) Abs. 2: Derselbe ist im Einklange mit P. E. §§ 862, 863 und N. E. § 1090 hauptsächlich zu dem Ende aufgenommen, um eine Kontroverse des preußischen Rechts abzuschneiden. Der Sühneversuch erstreckt sich ebenso auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität, wie diese nach Abs. 1 durch die Klage in ihrer Gesammtheit zum Gegenstande des Prozesses gemacht werden.

§ 575. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Ungültigkeitsklage können verbunden werden.

Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft.

N. Entw. § 1087. Entw. I. — Entw. II. § 544. Entw. III. § 552. Mot. S. 364. Prot. S. 291.

---

§ 575.

1) Der Abs. 1 gewinnt seine Bedeutung hauptsächlich durch den Gegensatz in Abs. 2 und in § 587, welcher letzterer von der Nichtigkeitsklage im Gegensatz zur Ungültigkeitsklage handelt. Eine positive Bedeutung gewinnt er durch § 576 und durch die Zulassung der Häufung einander widersprechender Klagen (s. § 232 Anm. 7).

Die Verbindung ist der Natur der Sache nach nur eine eventuelle, da die eine Klage die andere ausschließt. (Dem Wortlaut des Abs. 1 widerstreitend ist die Absicht von Wilm. Levy Anm. 1, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Verbindung mit den beiden anderen Klagen nur als Widerklage denkbar sei; vgl. dagegen Petersen § 575 Nr. 1, Hellmann II S. 543, Gaupp III S. 24.)

Die Verbindung kann auch noch in der Berufungsinstanz erfolgen (vgl. § 574 Anm. 1). Dies gilt auch von einer Widerklage, soweit deren Verbindung nach Abs. 2 überhaupt zulässig ist (vgl. Nordd. Prot. S. 2201, RG. VIII S. 350, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 190, 1, Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 31, Petersen § 575 Nr. 1 a. E., Gaupp III S. 24, Hellmann II S. 543 u. Lehrb. S. 894 u. A. A. M.: Löning a. a. O. S. 127 Anm. 162, Endemann III S. 16 ff., Wilm. Levy § 574 Anm. 1 a. E., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 190, 2).

Die „Ehescheidungsklage" umfaßt auch hier (vgl. § 592) die Klage auf zeitliche Trennung von Tisch und Bett. Die Klage auf Ehescheidung dem Bande nach begreift auch den Antrag auf zeitweilige Trennung in sich, worauf also eventuell von Amtswegen zu erkennen ist. (RG. XI S. 414).

2) Ueber das Recht des Gerichts, eine Trennung der Verhandlung eintreten zu lassen, äußern die Mot.:

> „Das Recht des Gerichts, eine Trennung der Verhandlung eintreten zu lassen, schützt gegen Unzukömmlichkeiten, welche sich daraus ergeben können, daß in demselben Verfahren über die Trennung einer als bestehend vorausgesetzten Ehe und über den Bestand derselben verhandelt wird."

Unter „Trennung der Verhandlung" dürfte hier nicht blos eine Trennung im Sinne des § 137, sondern auch Trennung der Prozesse im Sinne des § 136 zu verstehen sein, da die im Abs. 1 aufgeführten Klagen zu einander nicht blos im Verhältnisse verschiedener Klagegründe (§ 137), sondern auch verschiedener Ansprüche (§ 136) stehen. (So auch Endemann III S. 17, Hellmann, Lehrb. S. 895. A. M. Gaupp III S. 24, welcher das eheliche Verhältniß als Gegenstand der Entscheidung ansieht und die Verbindung (Abs. 1) indirekt für obligatorisch erklärt, indem er die Einrede der Rechtshängigkeit gewährt; ähnlich Seuffert Anm. 1.)

3) Abs. 2: Eine der im Abs. 1 bezeichneten Klagen kann als Widerklage geltend gemacht werden. Eine Widerklage anderer Art, sowie die Verbindung einer anderen Klage mit einer jener Klagen ist wegen der Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen ausgeschlossen (vgl. § 232 Anm. 2, 6; RG. V S. 165). Dies bezieht sich auch auf die Klagen, welche die vermögensrechtlichen Folgen der Trennung einer Ehe oder den Anspruch auf Erziehung der ehelichen Kinder nach Trennung der Ehe (wegen einer einstweiligen Verfügung s. § 584 Anm. 1) zum Gegenstand haben, im Gegensatz zu dem Ausspruch über die Schuldfrage und die Befugniß zur Wiederverheirathung (RG. V S. 370, VI S. 369, IX S. 381, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 38 Nr. 285).

Namentlich kann auch der Anspruch auf eine Ehescheidungsstrafe im Eheprozesse nicht

§ 576. Der mit einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger kann Thatsachen, welche er in dem früheren Rechtsstreit oder welche er durch Verbindung der Klagen hätte geltend machen können, als selbständigen Klagegrund nicht mehr geltend machen. Ein gleiches gilt für den Beklagten in Ansehung der Thatsachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen im Stande war.

N. Entw. § 1088. Entw. I. § 526. Entw. II. § 545. Entw. III. § 553. Mot. S. 364. Prot. S. 291—293, 601, 602.

---

geltend gemacht werden (RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1175, Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Dernburg III S. 16 Anm. 19, Schollmeyer, Kompens. S. 40 Anm. 4. A. M. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 271 und in Gruchot, Beitr. XXV S. 589 ff.).

„Dagegen kann der nach dem materiellen Rechte erforderliche Ausspruch über die Schuld des einen oder des anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung oder Untersagung der Wiederverheirathung von der Verhandlung und Entscheidung über die Ehescheidungsklage nicht gesondert werden. Ein besonderer Vorbehalt in dieser Richtung erschien entbehrlich und wegen der daraus hinsichtlich des Fortbestehens anderer materiellrechtlicher Bestimmungen zu ziehenden Folgerungen bedenklich (Nordd. Prot. S. 2207)." (Mot.)

4) Hat eine unzulässige Verbindung stattgefunden, so muß das Gericht von Amtswegen eine Trennung anordnen (s. Petersen § 575 Nr. 2, RG. V S. 165, 415). § 575 ist unverzichtbar (§ 267 Abs. 2). [S. RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 171.] Eine Abweisung der verbundenen Klage (wie Hellmann II S. 544, Gaupp III S. 25, Wilm. Levy Anm. 2, Löning a. a. O. S. 181 u. Kleiner II S. 661 („zur Zeit") annehmen) ist nicht erforderlich, sofern nur das Gericht für beide Klagen zuständig ist. Vgl. § 232 Anm. 4.

§ 576.

1) Die dem P. E. § 868 auf Grund des preuß. Rechts [vgl. Präj. d. Obertrib. Nr. 400, 1184, 1382 (Samml. I S. 254, 255)] entnommene Bestimmung bezweckt gleichfalls, einer Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten (vgl. auch Nordd. Prot. S. 2199). Die nach den Entwürfen mitbetroffene Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist von der RTK. gestrichen.

Die Vorschrift hat einen absolut bindenden Charakter und kann daher durch einen Vorbehalt oder durch Vereinbarung der Parteien nicht ausgeschlossen werden (RG. V S. 377, Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 473).

2) „Ungültigkeitsklage" — bildet auch hier den Gegensatz zur „Nichtigkeitsklage".

„Verbindung der Klagen" — vgl. § 575. Hiernach erstreckt sich die Vorschrift auf die zur Begründung beider Klagen dienenden Thatsachen, auch wenn früher nur die eine erhoben war (vgl. Löning a. a. O. S. 126 Anm. 161).

— „hätte geltend gemacht werden können" — Dies trifft auf später entstandene Thatsachen (z. B. eine nach Abweisung der ersten Klage fortdauernde bösliche Verlassung), sowie auf dem Kläger später erst bekannt gewordene Thatsachen nicht zu, ebensowenig aber auf Thatsachen, welche dem Kläger zwar früher bekannt waren, von ihm jedoch damals nicht bewiesen werden konnten (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 65, Seuffert Anm. 4).

— „als selbständigen Klagegrund" — Als adminikulirendes Moment kann die betreffende Thatsache in einem späteren Rechtsstreite, der auf einen neuen Klagegrund gestützt ist, geltend gemacht werden (vgl. Prot. S. 292). Die Berücksichtigung eines im Vorprozesse erlassenen Befehls zur Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens ist durch § 576 nicht ausgeschlossen (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 36).

— „eine Widerklage" — vgl. §§ 574 Abs. 2, 575 Anm. 1, 3.

Die Vorschrift hat auch auf den Fall der Zurücknahme der Klage oder Widerklage Anwendung (RG. V S. 377. A. M. Wilm. Levy Anm. 2 a. E.).

§ 577. Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen oder über die Echtheit von Urkunden, die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkenntnisses, eines gerichtlichen Geständnisses und die Erlassung eines Eides kommen nicht zur Anwendung.

Die Eideszuschiebung und der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sind nicht zulässig, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen.

N. Entw. §§ 1074, 1075. Entw. I. § 527. Entw. II. § 546. Entw. III. § 554. Mot. S. 364. Prot. S. 292, 293.

---

§ 577.

1) Ueber den Grund der im § 577 enthaltenen Bestimmungen vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 8.

2) Abs. 1: „Die Vorschriften über — Urkunden" — s. §§ 129, 404;

— „die Vorschriften über den Verzicht — Sachverständigen" — (auf den Antrag der Abg. Herz und Eysoldt von der RTK. beigefügt) s. § 356;

— „die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkenntnisses" — s. § 278 (wegen der Folgen vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 378);

— „eines gerichtlichen Geständnisses" — s. § 261. Ein Urtheil zur Sache selbst ohne Beweisverhandlung ist auch im Eheprozesse möglich (vgl. Fuld, Anerkenntniß und Geständniß im Verfahren in Ehesachen, in Gruchot, Beitr. XXIX S. 327 ff.);

— „die Erlassung eines Eides" — s. § 529 Abs. 1.

Soweit die im Abs. 1 bezeichneten Vorschriften bindende Beweisregeln enthalten, tritt an deren Stelle hier die freie Ueberzeugung des Richters (§ 259), namentlich bei Geständnissen (RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1180, Birkmeyer a. a. O. S. 390).

3) Abs. 2: „Eideszuschiebung" — vgl. §§ 410 ff. Hierdurch wird eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden (s. Wetzell S. 285 Anm. 29, Renaud S. 385). Der richterliche Eid (§ 437) ist zulässig, weil dem Gerichte kein Mittel der Wahrheitsforschung entzogen werden soll (vgl. § 578 Abs. 4; anders im Entmündigungsverfahren nach § 611 Abs. 2). Kollusionen unter den Parteien wird dadurch vorgebeugt, daß dem Erlaß des Eides die bindende Kraft (vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 390) entzogen ist (Abs. 1 a. E.). Vgl. Nordd. Prot. S. 2205. Die gesetzlichen Folgen der Leistung und der Verweigerung eines Eides sind nicht ausgeschlossen (§§ 428, 429 Abs. 2). [So auch alle anderen Komm. u. Hellmann, Lehrb. S. 898. A. M. Birkmeyer a. a. O. S. 411 ff., bes. 417, welcher gegen die sich aus § 577 Abs. 2 ergebende Konsequenz aus prinzipiellen Gründen die poena recusati ausschließen will.]

— „der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben" — vgl. §§ 386 ff. Dieser Antrag hat sachlich nur Bedeutung, wenn an die Weigerung, die Urkunde vorzulegen oder den Editionseid zu leisten, die Fiktion eines Geständnisses (vgl. Abs. 1) als Folge geknüpft wird (§ 392).

4) — „soweit es — begründen sollen" — Dieser Satz ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr hinzugefügt worden, weil nur insoweit die Gefahr einer Kollusion unter den Parteien begründet ist. Soweit hiernach die Eideszuschiebung zulässig ist, ist es auch die Zurückschiebung. Zwar kann alsdann der Relat durch Eidesweigerung bezüglich solcher Thatsachen, welche die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken (z. B. der Kondonation nach erfolgtem Ehebruch) die Trennung usw. der Ehe herbeiführen; allein das gleiche Ergebniß kann er auch durch die ihm jederzeit freistehende Zurücknahme dieser Behauptung erzielen (so auch Gaupp III S. 28, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3, Birkmeyer a. a. O. S. 416, 417. A. M.: früh. Aufl., Petersen § 577 Nr. 2, Hellmann II S. 546 Anm. 4, welche die Zurückschiebung

§ 578. Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden.

Der Beklagte ist zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.

Ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten ist nur in dem Falle zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint.

Die Vorschriften dieses Paragraphen finden auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 1098. Entw. I. § 528. Entw. II. § 547. Entw. III. § 555. Mot. S. 366, 367. Prot. S. 293.

---

für unzulässig halten, wenn durch das Zugeständniß der vom Zurückschiebenden behaupteten Thatsachen die Trennung usw. der Ehe herbeigeführt werden würde).

Der Zusatz fehlt bei dem Abs. 1, obwohl beiden Absätzen die gleiche ratio zu Grunde liegt. Darnach ist der Richter allerdings nicht unbedingt verpflichtet, dem Geständnisse auch bezüglich solcher Thatsachen, welche die Aufrechterhaltung der Ehe begründen würden, die volle Glaubwürdigkeit beizumessen, an die Unterlassung der Erklärung auch über solche Thatsachen die im § 129 Abs. 2 vorgeschriebene Folge zu knüpfen usw.; allein regelmäßig wird dies doch geschehen müssen, wenn durch den Richter dem Geiste des Gesetzes genügt werden soll. [Vgl. auch Mot. S. 365 a. E. und die Bemerkungen des Antragstellers Bähr sowie des Regierungsvertreters v. Amsberg (Prot. S. 292, 293); s. ferner Birkmeyer a. a. O. S. 390 ff., Fuld a. a. O. S. 333.]

5) Den Parteien steht gegen rechtskräftige Urtheile unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen auch die Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage zu. Dies ergiebt sich daraus, daß eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln nirgends gemacht ist, wie denn auch die Mot. S. 359 ausdrücklich sagen:

> „Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz, insoweit nicht Abweichungen in diesem Gesetzbuche oder in dem Gerichtsverfassungsgesetze vorgeschrieben sind."

Dies gilt auch für den Fall, daß die Ehe dem Bande nach geschieden oder für ungültig bzw. nichtig erklärt ist, selbst wenn hierauf eine neue Ehe eingegangen ist. (So auch Petersen § 577 Nr. 3, Gaupp III S. 28, Wilm. Levy § 589 Anm. 2. A. M. Siebenhaar S. 568, 573. Die Ausnahme findet in dem Gesetze keine Stütze und läßt sich auch durch allgemeine Grundsätze kaum rechtfertigen.)

6) Weshalb Staaten, welche nur ein Oberlandesgericht haben, die Befugniß zustehen soll, die Revision in Ehesachen ganz auszuschließen oder auch an das Erforderniß der duae conformes zu knüpfen (Siebenhaar S. 573), ist nicht einzusehen.

§ 578.

1) Die im § 578 enthaltenen Abweichungen von Buch 2 Abschn. 1 Tit. 3 beziehen sich nur auf die Versäumniß des Beklagten, nicht auf die des Klägers. Letztere hat die gewöhnliche Folge (vgl. jedoch § 585 Anm. 3). Beim Ausbleiben beider Parteien kommt § 228 zur Anwendung.

> „Eine nothwendige Folge der Behandlung des gerichtlichen Geständnisses in Ehesachen ist es, daß auch das in der contumacia des Beklagten enthaltene fingirte Geständniß nicht zur Geltung gelangen kann. Die Bestimmungen über das Versäumnißverfahren und den Einspruch mußten daher dem Beklagten gegenüber, von dem Ausnahmefalle des § 578 Abs. 4 abgesehen, außer Kraft gesetzt und mit den Vorschriften der Absätze 1—3 und 5 des § 578 vertauscht werden."

(Vgl. Wach, Vortr. S. 120, Birkmeyer: Zur Lehre vom Versäumnißurtheil S. 6 Anm. 15 u. in Busch, Zeitschr. VII S. 420.)

Wegen der Gebühren s. GKG. § 20 Nr. 1; GO. f. RA. § 15.

2) Abs. 1: Die doppelte Ladung bietet, wie im Falle des § 316, Ersatz für den Wegfall des Einspruchs. In dem zweiten Termine kann, auch wenn der Beklagte wiederum säumig ist, verhandelt werden (s. auch RG. IX S. 393). Die Verhandlung ist stets als eine kontradiktorische anzusehen. Gegen das Urtheil findet mithin nur das Rechtsmittel der Berufung statt.

„Rücksichtlich des Beweises der zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen wird dem entsprechend in derselben Weise verfahren, wie wenn der Beklagte erschienen wäre, aber sich nicht erklärt oder die Erklärung verweigert hätte. Das Gericht hat nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob und inwieweit die Kontumaz einen Schluß auf die Wahrheit dieser Thatsache gestattet und demgemäß die Aufnahme der von dem Kläger angebotenen Beweise anzuordnen, wenn es unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlung und der Kontumaz die betreffenden Thatsachen nicht für erwiesen erachtet" (Mot.).

Dem Nichterscheinen steht auch hier das Nichtverhandeln gleich (§ 298); der Grund der doppelten Ladung, der Wegfall des Einspruchs, trifft auch für diesen Fall zu. [So auch OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 108, Fitting im civ. Arch. 61 S. 436, Gaupp III S. 29 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2 a. E., Petersen § 578 Nr. 1.]

Im zweiten Termin kann nur verhandelt werden, wenn die Ladung zu beiden Terminen ordnungsmäßig und rechtzeitig erfolgt ist.

3) Ist der Beklagte in dem ersten Verhandlungstermine erschienen, versäumt aber einen späteren, so unterbleibt die wiederholte Ladung, und die Verhandlung geht in dem versäumten Termine vor sich. Auch beim Ausbleiben des Beklagten in dem ersten auf die Berufung oder Revision anberaumten Termine kann sofort verhandelt werden (RG. IX S. 393 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 169, Seuffert Anm. 7. A. M. OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 37 Nr. 353); desgleichen über einen in erster Instanz nach § 574 später vorgebrachten Klagegrund.

4) Abs. 2: Hierin liegt eine Abweichung von § 195. Die Ladung selbst erfolgt nach der Regel des § 191 durch den Kläger (Wilm. Levy Anm. 2, Hellmann II S. 548 Anm. 1, Endemann III S. 23 u. A.). Für den Kläger bzw. Widerkläger genügt dagegen die Verkündung des Termins, um gegen ihn das Versäumnißurtheil erlassen zu können.

5) Im Falle des Abs. 3 wird sogleich im ersten Termine verhandelt, und bezüglich der Ladung zu ferneren Terminen bleibt es bei der Regel des § 195. Ein Versäumnißurtheil findet auch in diesem Falle — wie schon das Wort „nur" in Abs. 4 ergiebt — nicht statt. Nach der allgemeinen Fassung des Abs. 3 wird eine Ladung des Beklagten zu den ferneren Terminen (z. B. behufs der Beweisaufnahme) auch dann nicht erforderlich, wenn dessen Aufenthalt inzwischen bekannt geworden ist; es kann jedoch von § 579 Gebrauch gemacht werden. Auch zu dem in Abs. 4 gedachten Termin ist im Falle des Abs. 3 der Beklagte nicht von neuem zu laden, sondern es genügt die Verkündung (vgl. Brettner in Busch, Zeitschr. V S. 495 ff.).

— „durch öffentliche Zustellung geladen — vgl. §§ 186 ff.

6) Abs. 4: Derselbe enthält zunächst als Regel die Vorschrift, daß gegen den Beklagten ein Versäumnißurtheil nicht zu erlassen ist, vielmehr auch beim Ausbleiben desselben ein kontradiktorisches Urtheil auf Grund einseitiger Verhandlung. Die einzige sodann gemachte Ausnahme ist eine Folge davon, daß im Falle der Leistung oder Nichtleistung des richterlichen Eides die bindenden Beweisregeln der §§ 428 und 430 (vgl. § 439 Abs. 1) Platz greifen. Vgl. § 577 Anm. 2—4. Gegen das dem Abs. 4 entsprechende Versäumnißurtheil findet selbstverständlich Einspruch statt (§ 303). Zweifelhaft ist, ob diese Ausnahme nicht (wie Seuffert, Anm. 5 annimmt; s. dagegen Hellmann, Lehrb. S. 900, welcher kontradiktorisches Läuterungsurtheil zuläßt) auch auf den Fall auszudehnen sein dürfte, in welchem der Beklagte in dem zur Leistung eines ihm zurückgeschobenen, durch bedingtes Endurtheil festgestellten Eides

§ 579. Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalte behaupteten Thatsachen vernehmen.

Ist die zu vernehmende Partei am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert oder hält sie sich in großer Entfernung von dem Sitze desselben auf, so kann die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Gegen die nicht erschienene Partei ist wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 548. Entw. III. § 556. Mot. S. 367. Prot. S. 293, 602, 603, 725.

§ 580. Das Gericht kann die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von Amtswegen anordnen, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet.

Auf Grund dieser Bestimmung darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreits nur einmal und höchstens auf ein Jahr angeordnet werden.

Die Aussetzung findet nicht statt, wenn die Ehescheidung auf Grund eines Ehebruchs beantragt ist.

N. Entw. § 1100. Entw. I. § 529. Entw. II. § 549. Entw. III. § 557. Mot. S. 367, 368. Prot. S. 293–298, 603, 604.

---

nicht erscheint, einen Fall, der nach der vom Entwurfe abweichenden Fassung des § 577 Abs. 2 möglich, in § 578 Abs. 4 wohl nur aus Versehen nicht berücksichtigt worden ist.

7) Abs. 5: — „den Widerbeklagten" — Die Bedenken Löning's in Busch, Zeitschr. IV S. 141, 142 erledigen sich, wenn die § 296 Anm. 6 vertheidigte Ansicht von der Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage in Abwesenheit des Widerbeklagten richtig ist. Die Bestimmung des Abs. 5 bezieht sich nicht auch auf den Widerkläger. Gegen Letzteren findet, wie auch die Mot. ausdrücklich hervorheben, das regelmäßige Versäumnißverfahren nebst Einspruch (§§ 295 ff.) statt wie gegen den säumigen Kläger (s. Anm. 1).

§ 579.

1) Der Inhalt des Abs. 1 versteht sich, sofern das persönliche Erscheinen einer Partei angeordnet werden kann, nach § 132 von selbst (A. M. Birkmeyer a. a. O. S. 440), wogegen der Abs. 2 eine Erweiterung der richterlichen Befugniß zur Anordnung des persönlichen Erscheinens gegenüber dem § 132 enthält. Ein Hinausgehen über den Grundsatz des § 132 — in Folge des Offizialprincips — liegt aber auch darin, daß die Partei über die von dem Staatsanwalt behaupteten Thatsachen vernommen werden kann (vgl. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 220).

2) Abs. 2: „Ist — — verhindert" — vgl. § 340 Anm. 5.

— „in großer Entfernung" — vgl. § 340 Anm. 6.

3) Der Abs. 3 setzt ein sachliches Präjudiz fest, welches § 132 nicht kennt.

— „wie gegen einen — Zeugen — vgl. §§ 345, 346. „Haft" bedeutet nur die Haft als Strafe, nicht die zwangsweise Vorführung des Zeugen, wie aus der Terminologie der CPO., insbesondere des § 345 klar hervorgeht und auch von dem Regierungsvertreter in der RTK. ausdrücklich bestätigt ist. (Vgl. auch Hellmann II S. 549 u. A.)

§ 580.

1) Der sich an das franz. Recht (Code civ. art. 259, 260; vgl. Zachariä-Anschütz, Handb. d. franz. CivR. 5. Aufl. Bd. 3 S. 107, 108), die Bayer. PO. Art. 670, P. E. § 864 u. N. E. anschließende § 580 dient zum Ersatze für die Bestimmungen des preuß. Rechts (ALR. II 1 § 727—730, AGO. I 40 § 45—50, Verordn. v. 28. Juni 1844 § 70, Ges. v. 1. März 1869 § 26), wonach bei einer Reihe von minder schweren Scheidungsgründen die begründete Scheidung selbst

§ 581. Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Vor der Entscheidung sind die Parteien zu hören.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 604, 725.

---

nicht sogleich ausgesprochen, sondern die Verkündung des Urtheils ein Jahr lang ausgesetzt werden kann, während dessen den Eheleuten gestattet werden kann, getrennt zu leben. Statt der beantragten Streichung des Paragraphen nahm die RTK. auf Vorschlag des Abg. v. Schwarze die im Abs. 3 enthaltene Beschränkung an.

Für Preußen sind die Vorschriften über die Aussetzung der Verkündung von Ehescheidungsurtheilen (ALR. Th. II Tit. 1 § 727 u. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 70) durch § 8 des AG. z. CPO. ausdrücklich aufgehoben. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 246.)

2) Der Zweck des § 580 ist der, durch die Aussetzung des Verfahrens eine Beruhigung der Gemüther und demnächst eine Aussöhnung herbeizuführen. Einen ähnlichen Zweck verfolgt das — dem preuß. Rechte nur in der Form eines Interimistikums während der Dauer des Eheprozesses (vgl. auch § 584) bekannte — dem materiellen Eherecht angehörende Institut der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett (vgl. Richter-Dove, Kirchenrecht §§ 268, 269, v. Scheurl, d. gem. deutsche Eherecht usw. S. 347 ff.). Ein Antrag, die Anwendbarkeit des § 580 für diejenigen Rechtsgebiete auszuschließen, in welchen eine selbständige Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett gegeben ist, wurde von der RTK. gleichwohl abgelehnt. Demnach kann in diesen Gebieten das Gericht, auch wenn auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett geklagt ist, die Aussetzung des Verfahres verfügen. (Vgl. Gaupp III S. 32, 33, Seuffert Anm. 1 u. A.)

3) Der § 580 handelt von einer Aussetzung des ganzen Verfahrens, nicht blos des Urtheils. Ueber die Aussetzung entscheidet das Gericht von Amtswegen (oder auf Antrag) nach freiem Ermessen. Gegen die Entscheidung findet nach Maßgabe des § 229 die Beschwerde statt. Die Aussetzung kann in allen Instanzen, auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen (Nordd. Prot. S. 2206).

Ueber die Wirkungen der Aussetzung s. § 226; über die Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens s. § 227; über die Beschwerde s. § 229.

4) Abs. 3: Unter „Ehebruch“ ist hier nur ein wirklicher (StrGB. § 272), nicht ein blos fingirter Ehebruch, wie er in einzelnen Landesgesetzen vorkommt, z. B. beim Nachweise eines verdächtigen Umgangs (Preuß. ALR. II 1 § 673), verstanden (Prot. S. 298).

5) Besondere prozessualische Bestimmungen für den Fall, daß die Scheidung der Ehe wegen böslicher Verlassung beantragt wird (vgl. Preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 61—69, Ges. v. 1. März 1869 §§ 31—35, P. E. § 875) enthält die CPO. nicht.

Die Mot. gehen davon aus, daß die sonstigen Vorschriften ausreichen, mag die bösliche Verlassung nach dem materiellen Rechte bei bekanntem und erreichbarem oder nur bei unbekanntem und unerreichbarem Aufenthalte eintreten, indem sie sagen:

> „Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer böslichen Verlassung vorliegen, findet nach den Grundsätzen des Entwurfs nicht vor Bestimmung des Verhandlungstermins, sondern erst nach dem Verhandlungstermine selbst statt. Erscheint der Beklagte nicht, so hat das Gericht in Gemäßheit der §§ 576, 577 nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob unter Mitberücksichtigung der Kontumaz auf Grund des von dem Kläger vorgelegten Materials die bösliche Verlassung als festgestellt anzunehmen ist (vgl. Nordd. Prot. S. 2209, 2210). Eine öffentliche Zustellung der Ladung an den Beklagten ist nur nach Maßgabe des § 186 zulässig; die im § 578 Abs. 1 vorgeschriebene Wiederholung des Verhandlungstermins fällt nach § 578 Abs. 3 fort, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.“

Die Aufrechterhaltung der materiell-rechtlichen Vorschriften der Landesgesetze über die bösliche Verlassung wird gesichert durch die Vorbehalte in dem EG. z. CPO. § 16 Nr. 6—8.

§ 582. Urtheile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 600, 601.

§ 583. Die Vorschrift des §. 252 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 558. Mot. S. 312, 368. Prot. S. 298.

---

§ 581.

1) Der § 581 ist von der RTK. in zweiter Lesung, nachdem die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen abgelehnt worden war, auf Antrag des Abg. Struckmann aufgenommen, um dem Gerichte in Fällen, in welchen die Parteien zum Zwecke der Trennung der Ehe mit einander kollubiren, die Möglichkeit zu gewähren, die Wahrheit zu ermitteln (vgl. § 569 Anm. 1 u. 3). Die Vorschrift hat aber auch ihre Bedeutung behalten, nachdem später die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft wieder eingeführt worden, da diese Mitwirkung nur fakultativ ist und mithin keine volle Bürgschaft gewährt, daß Kollusionen der Parteien entgegengetreten werde. Gegenüber einem rechtskräftigen bedingten Endurtheil kann von § 581 kein Gebrauch gemacht werden (obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 325). — Zum Zwecke der Trennung bzw. Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung der Ehe findet eine Offizialthätigkeit des Gerichts nicht statt. (A. M.: Dernburg III S. 22 u. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 434 in Betreff der Nichtigkeitsklagen.) Anders im Falle des § 597.

2) — „zu hören" — und zwar mündlich, da die Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen muß (vgl. § 119 Anm. 4).

§ 582.

1) Der § 582 ist als Ausnahme von § 288 Abs. 1 von der RTK. auf Antrag des Abg. v. Puttkamer aufgenommen worden, um im öffentlichen Interesse zu verhindern, daß die Rechtskraft von Urtheilen in Ehesachen deshalb lange in der Schwebe bleibe, weil die Parteien für Zustellung derselben keine Sorge tragen. (Vgl. Brettner in Busch, Zeitschr. V S. 495 ff.) Die Vorschrift bezieht sich ihrem Wortlaute wie ihrem Zwecke nach nicht auf durch Eid bedingte Urtheile (RG. IV S. 393 jetzt auch Wilm. Levy Anm. 1) noch auf Urtheile, welche nur die Schuldfrage entscheiden (RG. in Blum, Urth. u. Ann. III S. 198 u. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1130), noch auf solche, durch welche eine Ehescheidungsklage u. s. w. abgewiesen wird (RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 4 S. 205), dagegen wohl auf Urtheile, durch welche das gegen ein auf Trennung usw. ergangenes Urtheil eingelegte Rechtsmittel zurückgewiesen wird (RG. VII S. 362). Wegen Beginns des Laufs der Frist s. § 198 Anm. 3.

Auch die öffentliche Zustellung (§§ 187 ff.) ist in den Fällen des § 582 vom Gerichte von Amtswegen zu beschließen und vom Gerichtsschreiber zu bewirken. Vgl. § 187 Anm. 1.

Uebrigens ist durch § 582 eine Zustellung auf Betreiben der Parteien nicht ausgeschlossen; eine solche hat die regelmäßige Wirkung (Wilm. Levy a. a. O., Seuffert Anm. 3, Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 15).

— „den Parteien" — nicht in Person, sondern gemäß § 162 zunächst den Prozeßbevollmächtigten (RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 158 Nr. 7, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. VII S. 354).

2) Die durch § 55 Abs. 2 des Ges. über die Beurkundung des Personenstandes usw. vom 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) aufrechterhaltene Bestimmung des Code civ. art. 264—266, 294 wird durch diesen Paragraphen, welcher eine Offizialthätigkeit des Gerichts in Bezug auf die Eintragung in die Civilstandsregister überhaupt nicht anordnet, nicht berührt (vgl. Endemann III S. 29, Gaupp III S. 35, 36 u. A.). Abgesehen von dieser besonderen Bestimmung ist übrigens im § 55 Abs. 1 a. a. O. allgemein vorgeschrieben, daß die Auflösung, Ungültigkeitserklärung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe in den Standesregistern zu vermerken ist.

§ 584. In Betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung von Alimenten beantragt, kommen die Bestimmungen der §§. 815—822 zur Anwendung.

N. Entw. § 1102. Entw. I. § 531. Entw. II. § 550. Entw. III. § 559. Mot. — Prot. S. 298.

§ 585. Für die Nichtigkeitsklage gelten die in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschriften.

N. Entw. — Entw. I. § 533. Entw. II. § 551. Entw. III. § 560. Mot. S. 369. Prot. S. 298.

---

§ 583.

Vgl. §§ 502, 503 Anm. 6.

Der Grund ist nach den Mot. derselbe, welcher zu dem Verbote des § 644 Abs. 2 geführt hat.

§ 584.

1) — „die Gestattung der vorläufigen Trennung" — vgl. § 580 Anm. 1, 2. Hier ist im Gegensatz zu der dem materiellen Eherecht angehörenden Trennung (vgl. § 592) nur die während der Dauer des Eheprozesses eintretende Trennung — das Interimistikum des preuß. Prozesses (vgl. aber auch Code civ. art. 268) — gemeint. (Vgl. z. B. Preuß. ALR. II 1 §§ 724, 725, Dernburg III S. 24.) Mit dieser Entscheidung kann auch die über das Verbleiben der Kinder während der Dauer des Prozesses verbunden werden. (So auch RG. in RAnz. 1883 Nr. 10 S. 9 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1162, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 261.)

2) — „und die Entrichtung von Alimenten" — neben der Gestattung der vorläufigen Trennung oder ohne dieselbe (vgl. Preuß. ALR. II 1 § 712, Just.Min.Bl. 1841 S. 124). Ein solcher Antrag wird in der Regel nur der Ehefrau (für sich und die Kinder) zustehen; indessen ist auch sie unter Umständen alimentationspflichtig (Entsch. d. preuß. OT. 59 S. 220; Dernburg a. a. O.). Ueber die Alimentationspflicht entscheidet selbstverständlich das bürgerliche Recht.

3) Mittels einstweiliger Verfügung (vgl. § 819) kann auch dem Ehemann, sofern derselbe nach bürgerlichem Rechte dazu verpflichtet ist, auferlegt werden, seiner Ehefrau die Kosten eines gegen ihn selbst zu führenden Prozesses vorzuschießen (RG. V S. 415).

4) — „die Bestimmungen der §§ 815—822" — Die besonderen Bestimmungen dieses Abschnitts, namentlich die der §§ 569 (vgl. darüber Nordd. Prot. S. 2212), 576—578 finden keine Anwendung. S. insbesondere § 820. (Vgl. auch Gaupp III S. 37.)

5) Wegen anderer Fälle einstweiliger Verfügungen in Ehesachen vgl. auch E. G. CPO. § 16 Nr. 6 und für Preußen §§ 5—7 des AG. z. CPO. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 244—246.)

§ 585.

1) Ueber den Begriff der Nichtigkeitsklage vgl. 592 und die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 3. Ihr Wesen besteht in der gerichtlichen Feststellung (§ 231), daß die scheinbar bestehende Ehe rechtlich nicht bestehe (RG. IX S. 214).

2) Außer den in den §§ 586—590 enthaltenen besonderen Vorschriften gelten für die Nichtigkeitsklage auch die allgemeinen Vorschriften dieses Abschnitts, insbesondere die des § 569, insoweit sie nicht durch jene besonderen Vorschriften abgeändert sind.

3) Eine Besonderheit der Nichtigkeitsklage liegt auch darin, daß beim Nichterscheinen des Klägers die regelmäßigen Versäumnißfolgen (§ 295) nicht eintreten, weil der Gegenstand der Klage der Disposition des Klägers nicht unterliegt, daß vielmehr auf Antrag des Beklagten das Versäumnißurtheil nur auf absolutio ab instantia, durch welche eine Erneuerung der Klage nicht gehindert wird, zu erlassen ist (Seuffert § 295 Anm. 4. Abweichend Birkmeyer in

§ 586. Die Klage kann auch von der Staatsanwaltschaft erhoben werden. Inwiefern zur Erhebung der Klage ein Ehegatte oder ein Dritter befugt ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die von dem Staatsanwalt oder einem Dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den anderen Ehegatten zu richten.

N. Entw. §§ 1104, 1105. Entw. I. § 534. Entw. II. § 552. Entw. III. § 562. Mot. S. 369. Prot. S. 298–300, 721.

Busch, Zeitschr. VII S. 423 ff., welcher ein Versäumnißurtheil ganz ausschließt. Ein solches ist allerdings undenkbar, wenn der das öffentliche Interesse wahrnehmende Staatsanwalt als Kläger auftritt). Vgl. § 611 Anm. 1.

§ 586.

1) Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ist hier durch die Nothwendigkeit hervorgerufen, einen Vertreter des öffentlichen Interesse zu bestellen, welcher befugt ist, die Nichtigkeitsklage in Fällen zu erheben, in welchen dies von keiner der betheiligten Privatpersonen geschieht. Ein Antrag, zu diesem Zwecke in jedem einzelnen Falle von der obersten Justizverwaltung einen Anwalt bestellen zu lassen, wurde von der RTK. abgelehnt.

2) Der Staatsanwalt ist — abweichend von seiner sonstigen Stellung im ehegerichtlichen Verfahren (§ 569 Anm. 3) — Partei (partie principale) im Prozesse (vgl. § 590). Er kann nur als Kläger auftreten, nicht als Beklagter belangt werden (vgl. Abs. 2); s. jedoch § 589. Seine Klage ist nicht dadurch bedingt, daß diejenigen Privatpersonen, welche gleichfalls zur Erhebung der Klage befugt sind, die Anstellung derselben verweigern. Er hat vielmehr die unbedingte Verpflichtung, das durch das Bestehen einer nichtigen Ehe verletzte staatliche Interesse zu wahren, auf der anderen Seite aber auch die Vernichtung einer rechtsbeständigen Ehe aus unzutreffenden Gründen zu verhindern. Die Vorschriften der §§ 589—591 sind Konsequenzen dieser seiner Stellung (vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 184, 195 ff., 216 ff.). — Daß der Staatsanwalt ungeachtet der Vorschrift des § 74 nicht der Vertretung durch einen beim Gerichte zugelassenen Anwalt bedarf, wurde wie von den Mot., so von der RTK. allseitig als selbstverständlich betrachtet.

3) Die Worte „ein Ehegatte oder" sind auf Anregung des Abg. v. Puttkamer von der RTK. hinzugefügt worden, um klar zu stellen, daß Beschränkungen, welche etwa das bürgerliche Recht dem Ehegatten in Bezug auf die Erhebung der Nichtigkeitsklage auferlegt, in Kraft bleiben sollen. (Vgl. jedoch hiergegen Wilm. Levy Anm. 2 und Hellmann II S. 555, 556. Auch Kleiner II S. 701 bemerkt, daß der Ehegatte in der Regel nach § 231 die Nichtigkeitsklage erheben könne.)

4) — „ein Dritter" — vgl. Mot. z. P. E. S. 216, Nordd. Prot. S. 2210, Preuß. ALR. II 1 § 973; Code civ. art. 184; Bayer. AG. z. CPO. u. KO. § 93; Entsch. d. preuß. OT. 1 S. 37; Koch, Civ.-Proz. S. 794 Anm. 5. Der Dritte kann, wenn ein Rechtsstreit über die Nichtigkeit bereits unter den Ehegatten oder zwischen diesen und dem Staatsanwalt anhängig ist, auch als Nebenintervenient (§ 63) auftreten (Gaupp III S. 39).

5) Abs. 2: Ist die Klage gegen beide Ehegatten gerichtet, so stehen dieselben zu einander im Verhältnisse von Streitgenossen (§§ 56 ff.), und zwar von solchen, denen gegenüber das streitige Rechtsverhältniß nur einheitlich festgestellt werden kann (§ 59). [Vgl. auch v. Amelunxen: Die sog. nothwendige Streitgenossenschaft S. 64.] Daß trotzdem der eine oder andere Ehegatte nicht gehindert sei, dem Kläger als Nebenintervenient beizutreten, ist prozessualisch nicht zu konstruiren. (Zustimmend: Endemann III S. 32 Anm. 2, Gaupp III S. 38, 39, Birkmeyer a. a. O. S. 196 u. A.)

§ 587. Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist.

N. Entw. § 1106. Entw. I. § 535. Entw. II. § 553. Entw. III. § 561. Mot. S. 369. Prot. S. 300.

§ 588. So lange die Ehegatten leben, kann die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden.

N. Entw. § 1107. Entw. I. § 536. Entw. II. § 554. Entw. III. § 563. Mot. S. 369. Prot. S. 300.

---

§ 587.

1) Abs. 1: vgl. § 575 Anm. 1. Das Verbot hat darin seinen Grund, daß dem Staatsanwalt bei der Nichtigkeitsklage eine ausgedehntere Mitwirkung zusteht und in Folge dessen die Verbindung leicht zu Verwirrungen führen könnte.

2) Abs. 2: Gegen den Staatsanwalt kann eine Widerklage nicht erhoben werden, da er nach § 586 bei Nichtigkeitsklagen nur aktiv, nicht passiv legitimirt ist. Aus gleichem Grunde kann der Staatsanwalt auch niemals in die Lage kommen, eine Widerklage zu erheben (Puchelt II S. 437, Sarwey II S. 40, Hellmann II S. 556, Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 67 Anm. 79 und S. 123 Anm. 149 u. A.).

§ 588.

1) Die Mot. bemerken:

„Den § 588 rechtfertigt gleichfalls die Rolle des Staatsanwalts in den die Nichtigkeit einer Ehe betreffenden Prozessen. Abgesehen davon mußte bei der Wichtigkeit der Frage nach dem Bestande einer Ehe für die mannigfachsten Rechtsverhältnisse darauf gehalten werden, der Nichtigkeitserklärung, so lange die Ehegatten leben, eine über den Prozeß und über die Parteien hinausreichende Wirkung zu sichern, was sich nur durch die Vorschrift erreichen ließ, daß vor dem Tode der Ehegatten über die Nichtigkeit der Ehe incidenter nicht verhandelt und entschieden werden dürfe."

Hiernach und bei dem offenbar vorliegenden öffentlichen Interesse, jeden die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe nicht in bindender Weise entscheidenden Ausspruch des Gerichts hierüber zu verhüten, trifft das Verbot nicht allein den — der Rechtskraft fähigen — Ausspruch auf Grund einer Präjudizialinzident-Klage oder -Widerklage (§ 253) — eine solche Klage ist gegenüber einer eherechtlichen Klage schon nach § 587 unzulässig (vgl. Wilm. Levy Anm. 1, Löning a. a. O. S. 124) — sondern auch vorzugsweise solche Fälle, in denen, wie z. B. in Illegitimitäts- und Erbschaftsprozessen (vgl. z. B. Dernburg III S. 127 Anm. 1), die Nichtigkeit nur als Präjudizialfrage in Betracht kommt, ohne daß darüber rechtskräftig entschieden wird (s. § 293 Anm. 3). In solchen Fällen soll selbst ein der Rechtskraft nicht fähiger Ausspruch in den Entscheidungsgründen vermieden werden. In denselben muß, sofern die Nichtigkeitsklage bereits anhängig ist, eine Aussetzung gemäß § 139 erfolgen, beim Mangel jener Voraussetzung aber durch Vertagung der Partei Gelegenheit zur Erhebung der Nichtigkeitsklage gegeben werden. Geschieht die Erhebung, so kann wiederum Aussetzung bis zu deren Erledigung nach § 139 erfolgen, während im entgegengesetzten Falle die formell abgeschlossene Ehe bis zu ihrer gerichtlichen Aufhebung als rechtsbeständig gilt. (So auch Seuffert Anm. 1, Gaupp III S. 40, 41, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 585—591 Nr. 4, Sarwey II S. 40, 41 u. A. A. M.: Hellmann II S. 556, 557 und Lehrb. S. 142, 896, Kleiner II S. 703 Anm. 2, welche § 588 nur auf einen in Rechtskraft übergehenden Ausspruch beziehen.) Vgl. auch Mot. z. P. E. S. 216. Ein Unterschied zwischen Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklage hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 588 zu machen, läßt sich nicht rechtfertigen (s. Peters: Die Ehescheidung rc. Berlin 1886. S. 89. A. M. Krit. Vierteljahrsschr. XXVIII S. 289).

2) „So lange die Ehegatten leben" — d. h. beide Ehegatten nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes. Inwiefern nach dem Tode eines Ehegatten die Ehe als nichtig (oder ungültig) angefochten werden kann, entscheidet sich nach bürgerlichem Recht (vgl. Ges. v. 6. Febr.

§ 589. Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

N. Entw. § 1079. Entw. I. § 537. Entw. II. § 555. Entw. III. § 564. Mot. S. 369. Prot. S. 300.

§ 590. Wird ein Rechtsmittel von dem Staatsanwalt oder einer Privatpartei eingelegt, so sind im ersteren Falle die Privatparteien, im letzteren Falle die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt, sofern derselbe Partei ist, für das Rechtsmittelverfahren als die Gegner anzusehen.

N. Entw. § 1080. Entw. I. § 538. Entw. II. § 556. Entw. III. § 565. Mot. S. 369. Prot. S. 300.

§ 591. In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachse-

---

1875 § 36, Preuß. ALR. II 1 §§ 42, 43). [So auch Seuffert, Wilm. Levy, Petersen, Sarwey a. a. O. A. M.: Gaupp a. a. O., Endemann III S. 33. Wegen des preuß. Rechts s. Dernburg III § 96.] Das Gleiche gilt von der Vererbung der bereits angestellten Klage (RG. IX S. 217).

3) — „einer Ehe" — d. h. einer in gesetzlichen Formen abgeschlossenen. Auf formell ungültige eheliche Verbindungen bezieht sich das Verfahren in Ehesachen überhaupt nicht (Gaupp, Seuffert, Petersen, Wilm. Levy a. a. O.).

§ 589.

1) — „kann" — nach seinem Ermessen; er ist nicht verpflichtet, bei jeder Nichtigkeitsklage mitzuwirken (vgl. § 569).

2) — „den Rechtsstreit betreiben" — nicht nur als Nebenintervenient (§ 63), sondern gleichwie eine Partei (P. E. § 884 u. Mot. zu demselben S. 215, 216, auf welche Motive in den Mot. z. CPO. S. 369 ausdrücklich Bezug genommen wird; so auch Birkmeyer a. a. O. S. 197, Seuffert Anm. 1. A. M. anscheinend Gaupp III S. 38).

„Anträge stellen" — sei es behufs Aufrechterhaltung oder behufs Vernichtung der Ehe (P. E. a. a. O.).

„Rechtsmittel einlegen" — auch wenn seinem Antrage gemäß erkannt war (P. E. a. a. O., N. E. § 1079 Abs. 2; Sarwey II S. 41, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2 u. A. A. M.: Gaupp III S. 42, Kleiner II S. 703, 704).

§ 590.

1) Der § 590 stellt den Grundsatz auf, daß derjenige, welcher ein Rechtsmittel einlegt, in der Rechtsmittelinstanz sämmtliche übrigen bis dahin am Rechtsstreit als Partei Betheiligten, ohne Rücksicht darauf, welche Anträge sie früher gestellt haben, formell zu Gegnern hat („sind — — als Gegner anzusehen").

2) Privatpartei" — sei es ein Ehegatte oder ein Dritter.

— „sofern derselbe Partei ist" — d. h. sofern der Staatsanwalt überhaupt mitwirkt, mithin auch, wenn er, ohne die Klage erhoben zu haben, den Rechtsstreit nach § 589 betrieben hat (Sarwey II S. 41, Petersen §§ 585—591 Nr. 5, Kleiner II S. 704, Seuffert Anm. 2 u. A. A.M.: Hellmann II S. 557, Endemann III S. 36). Vgl. §§ 586 Anm. 2 und 589 Anm. 2.

3) Die Privatparteien bzw. die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt stehen für das Rechtsmittelverfahren zu einander im Verhältnisse von Streitgenossen. Vgl. § 586 Anm. 5.

§ 591.

1) Vgl. §§ 87 ff.; s. auch § 614 u. GKG. § 98 (wegen der Gerichtsgebühren).

— „als Partei auftretende" — sei es nach § 586 als Kläger oder gemäß § 589.

nen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurtheilen.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 557. Entw. III. § 566. Mot. S. 369. Prot. S. 300.

§ 592. Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Ehescheidungsklage zu verstehen die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe oder auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett; unter Ungültigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus irgend einem Grunde, welcher nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann; unter Nichtigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann.

N. Entw. §§ 1086, 1104. Entw. I. § 539. Entw. II. § 558. Entw. III. § 567. Mot. S. 357, 358. Prot. S. 300.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 593. Eine Person kann für geisteskrank (wahnsinnig, blödsinnig u. s. w.) nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

N. Entw. § 1109. Entw. I. § 540. Entw. II. § 559. Entw. III. § 568. Mot. S. 370, 371. Prot. S. 300—315, 452, 453.

---

2) Unterliegt der Staatsanwalt gemeinschaftlich mit einem Streitgenossen, so entscheiden die Grundsätze des § 95 (Gaupp III S. 43, Sarwey II S. 42, Seuffert Anm. 1, Birkmeyer a. a. O. S. 196 u. A. A. M. Hellmann II S. 557).

3) Siegt der Staatsanwalt ob (allein oder in Verbindung mit Streitgenossen), so richtet sich die Verurtheilung des Unterliegenden in die Kosten nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 87 ff.

§ 592.

Vgl. die allgem. Bem. zu diesem Abschnitte unter 2—5 und § 575 Anm. 1 a. E. — „auch von Amtswegen" — vgl. § 586 Abs. 1.

Zweiter Abschnitt.

Mot. S. 369, 370. Prot. S. 300—315, 560.

1) Während das bürgerliche Recht die materiellen Voraussetzungen regelt, unter denen Geisteskrankheit und Verschwendung von rechtlichen Folgen begleitet sind, sowie diese Folgen selbst — gänzliche oder theilweise Handlungsunfähigkeit, Bevormundung usw. — bestimmt, ist es Aufgabe des formellen Rechts, vorzuschreiben, wie es in rechtliche Gewißheit zu setzen sei, ob Jemand sich in dem Zustande der Geisteskrankheit oder Verschwendung befinde und deshalb seiner bürgerlichen Selbständigkeit entkleidet (entmündigt) werden dürfe. Das frühere Recht schlug zu diesem Zwecke verschiedene Wege ein.

Nach gem. Recht und den meisten deutschen Gesetzgebungen (Bayern, Sachsen, Hannover, Baden usw.) fand die Entmündigung nicht in den Formen eines Prozesses, sondern als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria mixta) statt; sie wurde gleich der Bevormundung der Minderjährigen als Ausfluß der obrigkeitlichen Fürsorge angesehen und war deshalb regelmäßig den Vormundschaftsbehörden übertragen, welche bei der Anordnung wie bei der Aufhebung, ohne durch fest bestimmte Formen gebunden zu sein, von Amtswegen thätig wurden. Als Rechtsmittel diente nur eine Beschwerde, welche an die vorgesetzte Behörde geht und gleichfalls im Offizialverfahren verhandelt wird.

Im Gegensatz hierzu hatte das preuß. [AGO. I 38, Verordn. v. 21. Juli 1849 § 78 (GS. S. 307)], das franz. (Code de proc. art. 890—897) und das württembergische Recht

(Württ. PO. Art. 869 ff. [vgl. auch P. G. §§ 887 ff., N. G. §§ 1109 ff.]) das Entmündigungsverfahren dem Civilprozesse zugewiesen. Diesen Vorgängen waren die Entwürfe zur CPO. gefolgt. Es sollte darnach ein förmliches öffentlich-mündliches Prozeßverfahren mit Anwaltszwang zwischen den auf Entmündigung antragenden Personen und dem zu Entmündigenden vor dem Landgerichte stattfinden und ein Urtheil gesprochen werden, das den regelmäßigen Rechtsmitteln unterlag. Die Aufhebung der Entmündigung sollte in denselben Formen erfolgen. Eine Offizialthätigkeit des Gerichts war nur in sehr beschränkter Weise vorgesehen; als Grundsatz galt auch hier, daß die Anträge der Parteien entscheidend seien.

Zwischen diesen beiden sich schroff gegenüberstehenden Systemen hat nun die CPO. nach Maßgabe der in der RTK. von mehreren Seiten (Abgg. Bähr, Struckmann, Zinn u. Gen.) eingebrachten, von einer Subkommission der RTK. näher ausgearbeiteten Vorschläge (vgl. Prot. S. 451) einen Mittelweg eingeschlagen, welcher auf einer Kombination beider Systeme beruht. Darnach findet die Entmündigung und die Aufhebung derselben — wie nach gemeinem Recht vor der Vormundschaftsbehörde — vor dem Amtsrichter, der in den meisten Bundesstaaten zugleich Vormundschaftsrichter ist, im Wege eines Offizialverfahrens ohne Anwaltszwang statt, welches durch Beschluß seine Erledigung findet. Dieser Beschluß unterliegt aber, wenn er die Entmündigung ausspricht bezw. die Aufhebung der Entmündigung ablehnt, nicht, wie nach gemeinem Recht, der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde, sondern er kann von dem Entmündigten selbst und von anderen Personen im Wege der Klage angefochten werden, und diese Klage wird, wie nach franz. Recht, im mündlichen Prozeßverfahren mit Anwaltszwang zwischen dem Entmündigten und seinem Gegner vor dem Landgerichte verhandelt und durch Urtheil erledigt, gegen welches die regelmäßigen Rechtsmittel Platz greifen.

Bei dieser Kombinirung der beiden Systeme liegt die Absicht zu Grunde, für die große Mehrzahl der Fälle, in welchen ein Zweifel und eine Differenz unter den Betheiligten über die Nothwendigkeit der Entmündigung nicht besteht, ein einfaches, wenig kostspieliges, den Geisteskranken wie seine Angehörigen in höherem Grade schonendes Verfahren eintreten zu lassen, dagegen in den Ausnahmefällen, in welchen über die Zulässigkeit einer im Wege des Offizialverfahrens ausgesprochenen oder nicht aufgehobenen Entmündigung Streit entsteht, den Entmündigten gegen eine ungerechtfertigte Entziehung seiner bürgerlichen Selbständigkeit durch die sichernden Formen eines kontradiktorischen Verfahrens möglichst zu schützen. [Vgl. noch über diese in der RTK. sehr ausführlich verhandelte Frage v. Arnold: Das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke. Erlangen 1861. S. 14 ff.; Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung in Kurhessen usw. §§ 905 ff.; Mot. z. P. G. S. 216 ff., Nordd. Prot. S. 2213. Eine systematische Darstellung des Entmündigungsverfahrens nach der CPO. und den Deutschen Landesgesetzgebungen giebt Daude: Das Entmündigungsverfahren usw. Berlin 1882. S. auch Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 168 ff., 198 ff., Mandry S. 32 ff., 95 ff., Wach I S. 55 ff., Hellmann, Lehrb. S. 901 ff.]

Ungeachtet der prozessualischen Formen, mit welchen das Entmündigungsverfahren in seinen verschiedenen Stadien mehr oder weniger umkleidet ist, trägt dasselbe doch seinem inneren Wesen nach nicht den Charakter eines Prozeßverfahrens, sondern den einer Handlung freiwilliger Gerichtsbarkeit an sich. (So auch Wach I S. 55 ff., v. Bar, Systematik S. 150, Hellmann, Lehrb. S. 889. A. M.: Drechsler im civ. Arch. 62 S. 431 ff., Birkmeyer a. a. O. S. 204 ff., u. in d. Meckl. Zeitschr. VI S. 200 ff., Endemann III S. 37, welche das ganze Verfahren, auch das vor dem Amtsgerichte, zur streitigen Gerichtsbarkeit rechnen, während Petersen §§ 597—599 Anm. 2 zwischen dem Verfahren vor dem Amtsgerichte und der Anfechtungsklage unterscheidet.) Vgl. jedoch §§ 603 Anm. 1, 604.

2) Die §§ 593—620 behandeln das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit und zwar die §§ 593—604 das amtsgerichtliche Offizialverfahren, §§ 605—615 die Anfechtungsklage wegen erfolgter Entmündigung, §§ 616—619 die Wiederaufhebung der Entmündigung,

§ 620 die Aufhebungsklage, die §§ 621—627 dasjenige wegen Verschwendung. Die Entwürfe faßten beides zusammen; in der RTK. ist aber wegen der in mancher Hinsicht abweichenden Gesichtspunkte eine getrennte Regelung beschlossen worden.

3) Durch die Vorschriften dieses Abschnittes bleiben, wie auch die Mot. hervorheben, unberührt:

a) die landesgesetzlichen Vorschriften darüber, ob eine geisteskranke Person seitens der Familie oder der Polizei provisorisch, sei es zum Zwecke der Heilung, sei es zu vorläufiger Unschädlichmachung, in einer Irrenanstalt untergebracht werden darf. (Vgl. für Preußen: v. Rönne, Erg. z. AGO. I 38 § 2, 5. Aufl. Bd. 3 S. 511 ff.); die Anzeigen sind an den Staatsanwalt zu richten (s. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 10. Febr. 1880 — JMBl. S. 28, Struckmann u. Koch, Preuß. AG., Erg.-Heft S. 80);

b) die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen aus anderen Gründen, z. B. wegen bloßer Imbezillität, Bresthaftigkeit, körperlicher Gebrechlichkeit, Altersschwäche, Taubheit, Stummheit, Blindheit u. dgl., die Bevormundung bzw. Pflegschaft selbständiger Personen gestattet ist (vgl. z. B. für Preußen Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875 §§ 81 Nr. 3, 90; Nordd. Prot. S. 2222; s. auch RG. I S. 107); sowie die landesgesetzlichen Bestimmungen über die (im gem. Recht unbekannte) einstweilige Kuratel wegen Geisteskrankheit für die Dauer des Entmündigungsverfahrens (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 24, Mandry S. 34, 35; vgl. § 606);

c) die materiell-rechtlichen Vorschriften des rheinisch-französischen Rechts, wonach im Interdiktionsprozesse wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung — an dessen Stelle das Entmündigungsverfahren der CPO. tritt — nach Umständen die bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch das Erforderniß eines im Urtheil ernannten Beistandes (conseil) für gewisse Geschäfte erkannt werden kann (Code civ. art. 499, 513—515; Nordd. Prot. a. a. O.; vgl. § 10 des EG. z. CPO.);

d) die civilrechtlichen Bestimmungen, nach welchen Geisteskranke bzw. Verschwender ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Richterspruch entmündigt worden, handlungsunfähig sind oder trotz ihrer Entmündigung theilweise — nämlich in lichten Zwischenräumen — handlungsfähig bleiben [L. 6 Cod. de cur. fur. (5, 70); Preuß. ALR. I 1 §§ 29 ff.; I 4 §§ 20 ff.; I 12 §§ 20 ff., 27 ff.; Code civ. art. 503 ff.; Bayer. Landrecht I 7 § 37 Nr. 3; Sächs. BGB. §§ 1984, 2069, 2210; Arnold a. a. O. S. 50 ff.]. (S. auch Mandry S. 34, Wach I S. 540 Anm. 2, Petersen S. 847, Stobbe, Deutsch. Privatr. IV S. 515 Anm. 23. A. M.: Bähr in Krit. Vierteljahrsschr. XXV S. 544, Gaupp I S. 157);

e) die civilrechtlichen Vorschriften über die Voraussetzungen der Entmündigung (vgl. Mandry S. 37, 96, Hellmann, Lehrb. S. 903; § 593 Anm. 1) im Gegensatz zu den prozessualischen Vorschriften (vgl. § 621 Anm. 3).

4) Eine Entmündigung durch Vertrag bzw. durch Verzicht auf die Handlungsfähigkeit ist unwirksam (RG. IV S. 162, Daube a. a. O. S. 15 Anm. 19).

§ 593.

1) Die Begriffe „wahnsinnig, blödsinnig“ sind nach den Mot. als besondere Arten der Geisteskrankheit absichtlich hervorgehoben, weil das materielle preuß. Recht einen keineswegs blos nominellen Unterschied zwischen beiden Arten der Geisteskrankheit kennt (ALR. I 1 §§ 27 ff.), und es nicht überflüssig erschien, durch die Fassung anzudeuten, daß hinsichtlich der prozessualen Behandlung der Unterschied dieser und anderer Formen von Geisteskrankheit bedeutungslos sei. (Vgl. Dernburg I S. 156; s. auch RG. XIV S. 248.)

2) „Beschluß des Amtsgerichts“ — vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 1. In den Entwürfen heißt es: „auf erhobene Klage durch Urtheil“. Das Wort „Beschluß“

§ 594. Das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist ausschließlich zuständig.

Gegen einen Deutschen, welcher seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reich gestellt werden.

N. Entw. § 1110. Entw. I. § 541. Entw. II. § 560. Entw. III. § 569. Mot. S. 371, 372. Prot. S. 453.

---

drückt nach der Terminologie der CPO. im Gegensatz zum „Urtheil" aus, daß eine mündliche Verhandlung im kontradiktorischen bzw. Versäumniß-Verfahren nicht vorausgegangen zu sein braucht, was, abgesehen von prozeßleitenden Anordnungen des Gerichts, noch in manchen anderen Fällen zutrifft (vgl. oben S. 316: allg. Bem. z. Tit. 2 unter 1, § 294 Anm. 1).

Von der RTK. wurde beschlossen, dieses Entmündigungsverfahren — abgesehen von der Anfechtungsklage (§§ 605, 606, 620) — den Amtsgerichten zu überweisen, weil der ohnehin meistens mit den Vormundschaftsangelegenheiten betraute Amtsrichter mit den einschlagenden lokalen und persönlichen Verhältnissen bekannter zu sein pflegt als das Landgericht, und weil das Verfahren vor dem Amtsgerichte sich einfacher, minder kostspielig und für die Betheiligten, insbesondere den zu Entmündigenden, weniger lästig gestaltet, als vor dem oft sehr entfernten Landgerichte, zumal wenn vor letzterem auch in diesen Fällen Anwaltszwang herrscht.

Selbstverständlich kann eine Entmündigung weder im Wege der Feststellungs- bzw. Inzidentfeststellungsklage noch durch Widerklage erreicht werden, sondern ausschließlich in dem Verfahren der §§ 593 ff. (vgl. §§ 587 Abs. 2, 588 Anm. 1), wogegen über die Geisteskrankheit als Ursache der Handlungsunfähigkeit im einzelnen Fall im Laufe eines Prozesses (als Inzidentpunkt) von jedem Gerichte entschieden werden kann (Gaupp III S. 47, 60, Seuffert Anm. 2 u. A.; vgl. auch Kammerger. in Johow u. Küntzel, Jahrb. IV S. 127).

3) — „auf Antrag" — bildet den Gegensatz gegen den auf ein förmliches Prozeßverfahren hinweisenden Ausdruck der Entwürfe „auf erhobene Klage" und ist gleichbedeutend mit dem für Fälle des nicht kontradiktorischen Verfahrens sonst in der CPO. häufig (vgl. z. B. §§ 37, 44—46, 98, 117 usw.) vorkommenden Ausdruck „Gesuch" (vgl. § 37 Anm. 1). In gleichem Sinne wird der Ausdruck „auf Antrag" vielfach noch im Zwangsvollstreckungsverfahren gebraucht (vgl. z. B. §§ 685, 688, 699, 700, 769, 772—774, 806, 810 usw.), während er sonst vorzugsweise auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge der Parteien Anwendung findet (vgl. z. B. §§ 128, 144, 243, 249, 252, 276 usw.). [Ueber die Bedeutung der beiden Ausdrücke s. Fitting in Busch, Zeitschr. VII S. 229 ff.]

Wegen der Zurücknahme des Antrags s. § 597 Anm. 1.

§ 594.

1) Abs. 1: — „allgemeinen Gerichtsstand" — vgl. §§ 12—18. Die ausschließliche Zuständigkeit desselben (vgl. § 12 Anm. 1) hat theils in der Unmöglichkeit der Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes (s. § 40 Abs. 2) mit einem Geisteskranken, theils in der Konkurrenz des öffentlichen Interesse ihren Grund.

2) Abs. 2: Derselbe enthält eine Ausnahme von der Vorschrift des § 18, wonach der letzte Wohnsitz nur für denjenigen den allgemeinen Gerichtsstand begründen kann, welcher überhaupt keinen Wohnsitz hat (vgl. auch § 568 Abs. 2). Er bezieht sich zwar nur auf Deutsche, d. h. solche, welche noch zur Zeit der Anbringung des Antrags Deutsche sind (anders § 568 Abs. 2). Hieraus folgt aber nicht, daß auch nach Abs. 1 ein Nichtdeutscher, welcher seinen Wohnsitz im Deutschen Reiche hat, in Deutschland niemals wegen Geisteskrankheit entmündigt werden könne, wie Siebenhaar S. 582 meint; diese Frage ist vielmehr nach der allgemeinen Fassung des Abs. 1 einfach zu bejahen (Sarwey II S. 47, Endemann III S. 43, Gaupp III S. 49, Daude a. a. O. S. 20, Petersen §§ 593—596 II 2 a. E. u. A.). Vgl. § 568 Anm. 3.

§ 595. Der Antrag kann von dem Ehegatten, einem Verwandten oder dem Vormunde des zu Entmündigenden gestellt werden. Gegen eine Ehefrau kann nur von dem Ehemanne, gegen eine Person, welche unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, nur von dem Vater oder dem Vormunde der Antrag gestellt werden. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen den Antrag stellen können, bleiben unberührt.

In allen Fällen ist auch der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte zur Stellung des Antrags befugt.

N. Entw. § 1111. Entw. I. § 542. Entw. II. § 561. Entw. III. § 570. Mot. S. 372. Prot. S. 454.

§ 595.

1) Der § 595 bestimmt, wer den Antrag auf Entmündigung stellen kann; der Abs. 1 bezeichnet die hierzu befugten Privatpersonen; der Abs. 2 giebt zur Wahrung des öffentlichen Interesse auch dem Staatsanwalt die Befugniß.

2) Zum Abs. 1 äußern die Mot.:

„Die Zulassung der Entmündigungsklage wider Personen, welche sich bereits in einem juristischen Abhängigkeitsverhältniß befinden, wider Ehefrauen, welche unter maritalischer, und Personen, welche unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen, entscheidet eine auf dem Gebiete des preuß. Rechts (vgl. v. Rönne: Ergänzungen zur AGO. I 38 § 1, 5. Aufl. Bd. 3 S. 510, 511) wie anderwärts (vgl. v. Arnold a. a. O. S. 13 ff.) ventilirte Kontroverse und findet ihren Grund in der Natur der Entmündigungsklage, welche über die Herbeiführung der Bevormundung hinaus die Feststellung des Status einer Person bezweckt, wovon in manchen Gebieten, namentlich in Preußen, die Befugniß der Irrenanstalten zur dauernden Aufnahme eines Geisteskranken abhängt (vgl. Nordd. Prot. S. 2216, 2217)."

3) „Verwandten" — ohne Unterschied des Grades.

— „dem Vormunde" — sei es einem provisorischen Kurator (Pfleger) [A. M. Wilm.-Levy Anm. 3 u. Kühnas in Busch, Zeitschr. VIII S. 288 ff., welche in Uebereinstimmung mit LG. I Berlin aus der Terminologie der Preuß. Vormundsch.-Ordng. definiren, obwohl die CPO. kein bestimmtes Landesgesetz vor Augen hatte und der Grund der Bestimmung für eine Auslegung im weitesten Umfange spricht] oder dem Altersvormunde, Letzterem behufs Fortsetzung der Altersvormundschaft als Vormundschaft wegen Geisteskrankheit nach Beendigung der ersteren (vgl. Siebenhaar S. 582).

4) Jedem überhaupt Berechtigten steht das Antragsrecht in gleichem Umfange zu; eine Stufenfolge für die Ausübung ist nicht eingeführt (vgl. Mot. z. P. E. S. 218, Nordd. Prot. S. 2216). Die Beschränkung der Antragsberechtigung in Betreff der Ehefrauen und der unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Personen ist zur Wahrung der dem Ehemanne bzw. dem Vater oder Vormunde zustehenden Gewalt eingeführt. Neben dem Ehemanne ist nicht auch der Vormund der Ehefrau antragsberechtigt (Endemann III S. 44, Kleiner II S. 713, Gaupp III S. 50, Petersen §§ 593—596 III 2, Seuffert Anm. 1, Daude a. a. O. S. 22, jetzt auch Hellmann, Lehrb. S. 905 u. A. A. M.: Puchelt II S. 445, Mandry S. 36 Anm. 13).

Ist ein Antrag von Seiten eines Antragsberechtigten gestellt und dadurch die Einleitung des Verfahrens veranlaßt, so kann in diesem Verfahren seinem Charakter als Offizialverfahren entsprechend auch jeder andere Antragsberechtigte Anträge stellen, die sich auf die Instruktion der Sache beziehen (also gewissermaßen interveniren). Eine Kollision verschiedener Anträge kann wegen der Natur des Verfahrens niemals eintreten; vgl. § 597 Anm. 1. Selbstverständlich kann immer nur Ein Verfahren wegen Entmündigung derselben Person anhängig sein.

5) — „des bürgerlichen Rechts" — d. h. des materiellen Rechts im Gegensatz des Prozeßrechts (RG. VII S. 348), z. B. in Preußen bezüglich der Vertragserben (ALR. I 12 § 626). [Andere Beispiele s. bei Wilm. Levy § 593 Anm. 5.] Ein privatrechtliches Verhältniß ist nicht erforderlich [s. auch RG. VII S. 346 (Gemeindevorsteher) u. Schmidt in Busch, Zeitschr. VI S. 32 ff., jetzt auch Mandry S. 37].

§ 596. Der Antrag kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Er soll eine Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 454.

§ 597. Das Gericht hat unter Benutzung der in dem Antrag angegebenen Thatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweismittel aufzunehmen.

Das Gericht kann vor Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen.

Der Staatsanwalt kann in allen Fällen das Verfahren durch Stellung von Anträgen betreiben.

Für die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen die Bestimmungen im siebenten und achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs zur Anwendung. Die Anordnung der Haft im Falle des §. 355 kann von Amtswegen erfolgen.

N. Entw. § 1112. Entw. I. § 543. Entw. II. § 562. Entw. III. § 571. Mot. S. 372, 373. Prot. S. 454.

— „bleiben unberührt" — d. h. auch die nach dem Inslebentreten der CPO. erlassenen Bestimmungen (RG. a. a. O.).

6) Abs. 2: — „in allen Fällen" — d. h. auch in denjenigen, in welchen nach Abs. 1 Satz 2 das Antragsrecht beschränkt ist. Der Grund liegt in dem öffentlichen Interesse. (So auch Endemann III S. 45, Gaupp III S. 51 u. A. A. M. Siebenhaar S. 582, 583.) Für den Staatsanwalt enthält, eben weil er Vertreter des öffentlichen Interesse ist, das Recht zugleich eine Pflicht, wenigstens soweit von anderer Seite ein Antrag nicht gestellt ist (Gaupp a. a. O., Birkmeyer in Busch, Zeitschr. VII S. 184).

7) Die Vormundschaftsbehörde hat kein Antragsrecht. In der RTK. wurde ein Vorschlag, ihr das gleiche Recht wie dem Staatsanwalt zu ertheilen (wodurch, da Vormundschaftsbehörde und Amtsgericht in der Regel identisch sein werden, thatsächlich für viele Fälle die Einleitung des Entmündigungsverfahrens von jedem Antrage unabhängig gemacht werden würde), abgelehnt. Verkennen läßt sich nicht, daß eine strenge Durchführung des Offizialprincips — wie im gem. Recht — dahin führen würde, einen Antrag überhaupt nicht zu erfordern. (So auch Gaupp III S. 48.)

§ 596.

1) Der erste Satz entspricht der Vorschrift des § 457 über Anbringung einer Klage bei dem Amtsgerichte sowie den häufig vorkommenden Bestimmungen über Anbringung von Gesuchen oder Anträgen, auf welche eine kontradiktorische Verhandlung nicht zu erfolgen braucht (vgl. z. B. §§ 37, 44, 98 usw.). Der Antrag kann auch durch einen Bevollmächtigten gestellt werden; Generalvollmacht genügt aber nicht (vgl. § 159 Anm. 1 a. E.).

2) Der zweite Satz entspricht den Bestimmungen über den vorbereitenden Inhalt der Klageschrift (§§ 121, 230 Abs. 3). [Vgl. Daube a. a. O. S. 33 ff.]

§ 597.

1) Der Abs. 1 spricht das dem amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren (freilich nicht diesem allein) zu Grunde liegende Offizialprinzip (mit Untersuchungsform) in voller Schärfe aus. Die Thatsachen und Beweismittel, welche der Antragsteller nach § 596 bezeichnen soll, dienen dem Gerichte nur als Anhaltspunkte; das Gericht muß von Amtswegen das zur Gewinnung eines sicheren Urtheils Fehlende ergänzen. (Ueber die Offizialthätigkeit des Gerichts im Einzelnen s. Birkmeyer a. a. O. S. 168 ff., 208, 430 ff., welcher sich durch Klärung der Begriffe in dieser Lehre sehr verdient gemacht hat.) Ist der Antrag von einem Nichtberechtigten

§ 598. Der zu Entmündigende ist persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen zu vernehmen.

Die Vernehmung kann auch durch einen ersuchten Richter erfolgen.

Die Vernehmung kann unterbleiben, wenn sie nach Ansicht des Gerichts schwer ausführbar oder für die Entscheidung unerheblich oder für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden nachtheilig ist.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 566. Entw. III. § 575. Mot. S. 373. Prot. S. 554, 560.

§ 599. Die Entmündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor das

---

(§ 595) gestellt, oder findet das Gericht den Antrag von vornherein unbegründet, so hat es denselben sofort zurückzuweisen. Diese aus dem Offizialprinzipe — welches übrigens auch dem jetzigen landgerichtlichen Verfahren (mit Verhandlungsform) nicht fremd ist — sich ergebende Konsequenz enthielten auch die hinsichtlich der Form des Verfahrens auf einem anderen prinzipiellen Boden stehenden Entwürfe (vgl. z. B. Entw. III § 571 Abs. 1).

Eine andere Konsequenz — daß auch die Zurücknahme des Antrags den Fortgang des Verfahrens nicht hindert (s. Endemann III S. 46) — ist im Gesetze nicht anerkannt (vgl. jedoch Prot. S. 454). (Uebereinstimmend: Petersen §§ 593—596 III 1, Seuffert § 593 Anm. 3, Wilm. Levy § 593 Anm. 4, Gaupp III S. 48 Nr. IV, S. 53 Nr. I u. A.) S. auch § 595 Anm. 7. Dagegen hemmt der Tod oder der Verlust der Prozeßfähigkeit des Antragstellers den Fortgang des Verfahrens nicht, während der Tod des Entmündigten dasselbe selbstverständlich beendigt (anders in letzter Hinsicht bezüglich der Anfechtungsklage; vgl. § 605 Anm. 4).

2) Abs. 2: — „kann" — Es entscheidet darüber das freie Ermessen des Gerichts.

— „vor Einleitung des Verfahrens" — d. h. vor Veranstaltung anderer Ermittelungen und vor Aufnahme von Beweismitteln (Abs. 1). — Die Bestimmung soll zur Abwehr offenbar unbegründeter Anträge dienen.

3) Abs. 3: — „in allen Fällen" — also auch, wenn er nicht selbst Antragsteller ist. Die Bestimmung ist gleichfalls ein Ausfluß des Offizialprinzips sowie des Berufs des Staatsanwalts zur Wahrung des öffentlichen Interesse.

4) Abs. 4: Der erste Satz mußte aufgenommen werden, weil die angezogenen Bestimmungen über den Zeugen- und Sachverständigen-Beweis ein Prozeßverfahren mit eigentlichen Parteien voraussetzen. Der zweite Satz enthält eine durch das Offizialprinzip gebotene Aenderung des § 355. § 322 findet keine Anwendung, weil der Antragsteller nicht Partei ist. Letzterer kann auch selbst als Zeuge vernommen werden (Daube a. a. O. S. 43).

5) Die Oeffentlichkeit ist nach § 172 Abs. 2 des GVG. in dem Entmündigungsverfahren (vor den Amtsgerichten) ausgeschlossen.

§ 598.

1) Abs. 1: „Sachverständigen" — Als solche werden nicht blos eigentliche Irrenärzte, sondern überhaupt Aerzte oder Männer der Wissenschaft zu betrachten sein, welche zur Beurtheilung des Geisteszustandes eines Menschen befähigt sind. (Zustimmend Sarwey II S. 50 u. A.) Wegen der Ernennung s. § 369, dessen Abs. 3 u. 4 aber nicht anwendbar sind. Wegen der Vergütung gelten die allgemeinen Bestimmungen (s. § 378). [Vgl. auch Preuß. Gesetz v. 9. März 1872 (GS. S. 265), Entsch. d. OT. 77 S. 299.]

2) Abs. 2: Der ersuchte Richter kann auch zur Ernennung des Sachverständigen ermächtigt werden (§ 370).

3) Abs. 3: Die Ausnahme von der Regel des Abs. 1 bezieht sich nur auf die Vernehmung überhaupt, nicht auf die Zuziehung von Sachverständigen bei derselben.

— „schwer ausführbar" — z. B. wegen Tobsucht; aber auch wenn der zu Entmündigende hartnäckig sich weigert, der Ladung Folge zu leisten, oder die Vorführung eines nicht mehr auf freiem Fuße Befindlichen mit Schwierigkeiten verbunden ist (Gaupp III S. 55).

Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat.

R. Entw. § 1116. Entw. I. § 547. Entw. II. § 567. Entw. III. § 576. Mot. S. 373. Prot. S. 454.

§ 600. Sobald das Gericht die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich hält, ist der Vormundschaftsbehörde zum Zwecke dieser Anordnung Mittheilung zu machen.

R. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III. — Mot. S. 374. Prot. S. 302–309, 454, 455.

§ 601. Die Kosten des Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von der Staatskasse zu tragen.

Insoweit einen der im §. 595 Abs. 1 bezeichneten Antragsteller bei Stellung des Antrags nach dem Ermessen des Gerichts ein Verschulden trifft, können demselben die Kosten ganz oder theilweise zur Last gelegt werden.

R. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 454, 455.

---

§ 599.

Die hier zum Schutze gegen leichtsinnige Entmündigungen gegebene Vorschrift ist eine ausnahmslose, wird namentlich auch durch ein zuvoriges ärztliches Zeugniß (§ 597 Abs. 2) nicht ersetzt. Wegen der Ernennung der Sachverständigen s. § 598 Anm. 1, wegen der Vernehmung und Beeidigung § 597 Abs. 4. Eine Zurückweisung des Antrags auf Entmündigung kann ohne zuvorige Anhörung eines Sachverständigen erfolgen. Nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 259, 377 Anm. 2) ist auch hier der Richter an das Gutachten der Sachverständigen nicht gebunden.

§ 600.

Der § 600 ist von der Subkommission aufgenommen worden, damit schon während des Laufes des Entmündigungsverfahrens für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden die nöthige Fürsorge getroffen werde. Die Vormundschaftsbehörde ist an die Ansicht des Gerichts über etwa zu treffende Maßregeln (Anordnung einer vorläufigen Kuratel, Pflegschaft u. dgl.) nicht gebunden, sondern hat auf Grund der bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften nach eigenem Ermessen zu entscheiden; wo letztere eine vorläufige Kuratel usw. nicht kennen, hat solche, wie in der RTK. konstatirt wurde, durch § 600 nicht eingeführt werden sollen. (So auch RG. IX S. 180, Mandry S. 35 ff., Hellmann, Lehrb. S. 907 u. A. A. M.: Bähr in Krit. Vierteljahrsschr. XXV S. 543.) — Sind das über die Entmündigung entscheidende Gericht und die Vormundschaftsbehörde identisch, so unterbleibt selbstverständlich die Mittheilung, und das Gericht hat die erforderlichen Maßregeln ohne weiteres selbst zu treffen. Dem Recht der Vormundschaftsbehörde, auch unabhängig von der in § 600 angeordneten Mittheilung eine vorläufige Kuratel (Pflegschaft) einzuleiten, wird nicht präjudizirt. (Vgl. auch Petersen § 600 Nr. 1, Mandry S. 34, 35, 45, Johow u. Küntzel, Jahrbuch der Entsch. d. Kammergerichts II S. 41.) Für Preußen vgl. § 90 der Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875; s. auch Code civ. art. 497.

§ 601.

1) Die Bestimmungen des § 601 sind Konsequenzen des dem Entmündigungsverfahren zu Grunde liegenden Offizialprinzips (vgl. § 597 Anm. 1). Da das Verfahren, sobald einmal ein Antrag gestellt worden, von den weiteren Anträgen des Antragstellers unabhängig ist und das Gericht Ermittelungen und Beweiserhebungen von Amtswegen vorzunehmen hat, so können dem Antragsteller ohne Unbilligkeit die Kosten des Verfahrens nur insoweit zur Last gelegt werden, als ihn bei Stellung des Antrags ein Verschulden trifft. — Dem Staatsanwalt dürfen Kosten niemals auferlegt werden.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 1 (in der Fassung der Nov. vom 29. Juni 1881), 98 Abs. 3.

§ 602. Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 455.

§ 603. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde und, wenn eine gesetzliche Vormundschaft stattfindet, auch dem gesetzlichen Vormunde mitzutheilen.

Mit der Mittheilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde tritt die Entmündigung in Wirksamkeit.

N. Entw. §§ 1118, 1119. Entw. I. § 549. Entw. II. §§ 568, 569. Entw. III. § 577, 578. Mot. S. 373, 374. Prot. S. 455—458.

---

2) Die Vorschriften über das Armenrecht (§§ 106 ff.) finden entsprechende Anwendung auf den zu Entmündigenden (Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 51, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Hellmann II S. 567).

§ 602.

1) Der § 602 bezieht sich — im Gegensatz zu § 603 — sowohl auf den die Entmündigung ablehnenden wie auf den dieselbe aussprechenden Beschluß. — Die Zustellung ersetzt hier die Verkündung. Vgl. § 294.

2) — „dem Staatsanwalt" — auch wenn derselbe nicht als Antragsteller oder sonst mitgewirkt hat.

§ 603.

1) Die Entwürfe enthielten den Satz:

„Ein die Entmündigung aussprechendes Endurtheil tritt mit der Verkündung vorläufig in Wirksamkeit."

Die Subkommission schlug vor, zu sagen:

„Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde mitzutheilen.

Mit der auf Grund des Beschlusses sofort zu bewirkenden Bestellung des Vormundes tritt die Entmündigung in Wirksamkeit.

Findet eine gesetzliche Vormundschaft statt, so tritt die Entmündigung mit der von Amtswegen zu bewirkenden Zustellung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund in Wirksamkeit."

Der jetzige, einem Antrage des Abg. Wolffson entsprungene § 603 unterscheidet sich von den Entwürfen besonders dadurch, daß eine Verkündung nicht stattfindet, von der Vorlage der Subkommission dadurch, daß nicht mit der Mittheilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde sofort ein Vormund bestellt zu werden braucht, und daß die Entmündigung schon mit dieser Mittheilung, nicht erst mit der Bestellung des Vormundes in Wirksamkeit tritt. Der Antragsteller machte hauptsächlich geltend, daß, da der Entmündigungsbeschluß noch anfechtbar sei, die Möglichkeit offen bleiben müsse, bis zum Eintritt der Rechtskraft desselben blos provisorische Maßregeln, z. B. die Einsetzung einer Pflegschaft, anzuordnen und die Bestellung eines Vormundes bis zur definitiven Entscheidung hinauszuschieben.

Wenngleich der Entmündigungsbeschluß keine eigentliche prozessualische Entscheidung enthält (s. d. allg. Bem. z. Abschn. 2 unter 1 a. E.), so unterliegt er doch der formellen Rechtskraft (vgl. § 604. A. M. Endemann III S. 52). Es verhält sich damit ebenso wie mit dem Wiederaufhebungsbeschluß. (Vgl. auch Dreßler im civ. Arch. 62 S. 432, 433, Gaupp III S. 58, Petersen §§ 602, 603 Nr. 1.)

2) Eine Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den Entmündigten selbst erfolgt nicht. Sie ist absichtlich ausgeschlossen, weil sie in manchen Fällen unmöglich sein, in anderen auf den Gesundheitszustand des Entmündigten ungünstig einwirken würde. Die Wirksamkeit der Entmündigung kann hiernach allerdings eher eintreten, als der Entmündigte oder

§ 604. Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung abgelehnt wird, steht dem Antragsteller und dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

In dem Verfahren vor dem Beschwerdegerichte finden die Vorschriften des §. 597 entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 458.

---

sein Vormund von der Entmündigung Kenntniß erhält; allein die hieraus herzuleitenden Bedenken erledigen sich im Wesentlichen dadurch, daß nach § 605 die Anfechtungsfrist für den Entmündigten erst vom Tage der Kenntniß zu laufen beginnt. Anders im Falle des § 623 Abs. 1.

Nur eine Mittheilung (nicht, wie in § 602, eine Zustellung) an die Vormundschaftsbehörde bzw. den gesetzlichen Vormund ist vorgeschrieben. (Vgl. § 156 Anm. 2.) Ebenso § 620 Abs. 2.

3) Ein Antrag, zu bestimmen, daß bei einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit und deren Aufhebung die öffentliche Bekanntmachung nach dem Ermessen des Gerichts angeordnet werden könne, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von ärztlicher Seite hervorgehoben worden war, daß die Veröffentlichung der Entmündigung für den Geisteskranken oft sehr nachtheilig wirken könne. Durch die Ablehnung hat aber eine Veröffentlichung durch die Vormundschaftsbehörde, wo solche landesgesetzlich vorgeschrieben ist oder erfolgen kann, nicht ausgeschlossen werden sollen. Nach preuß. Recht ist dieselbe nicht vorgeschrieben. Vgl. § 627.

4) Sind das Gericht und die Vormundschaftsbehörde identisch, d. h. in der Weise, daß der Entmündigungsrichter zugleich Vormundschaftsrichter ist (Wilm. Levy Anm. 3, Petersen §§ 602, 603 Nr. 2, 3, Dernburg III S. 216 Anm. 4), so tritt die Wirksamkeit mit Erlaß des Beschlusses ein. (Zustimmend Seuffert Anm. 4, Sarwey II S. 53 u. A.)

5) Wann eine gesetzliche Vormundschaft stattfindet, bestimmt das bürgerliche Recht. Vgl. für Preußen §§ 12, 13, 83 der Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875; s. auch Code civ. art. 390.

6) Die Folgen der Entmündigung bestimmen sich nach dem bürgerlichen Rechte, auch bezüglich der Frage, ob eine Vormundschaft zu errichten sei, wie die Mot. S. 369, 374 ausdrücklich hervorheben. (Vgl. auch d. allg. Bem. z. diesem Abschnitt unter 3d, § 623 Anm. 2, Mandry S. 35, 96.)

§ 604.

1) Abs. 1: Der ablehnende Beschluß kann nicht, wie der die Entmündigung aussprechende (§ 605), im Wege der Klage angefochten werden. Der Grund, welcher für den letzteren den Weg der Klage als den angemessenen erscheinen ließ — der Schutz des Entmündigten — trifft für den ersteren nicht zu. Gemeint ist selbstverständlich nur die im Gegensatz zu § 603 ablehnende Sachentscheidung, nicht eine wegen mangelnder Legitimation u. dgl. m. die Kognition ablehnende Verfügung; gegen diese findet einfache Beschwerde nach § 530 statt (vgl. Wilm.-Levy Anm. 1).

2) — „sofortige Beschwerde" — vgl. § 540.

3) Nach Abs. 2 ist das Verfahren in der Beschwerdeinstanz gleichfalls ein Offizialverfahren.

4) Für die Kosten der Beschwerdeinstanz sind, wenn in der RTK. konstatirt wurde, an sich die allgemeinen Vorschriften des § 92 Abs. 1, 2, nicht die besonderen Bestimmungen des § 601, deren Grund nur für die erste Instanz paßt, maßgebend. Indessen kommt, da die Vorschriften des § 92 sich nur auf die Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels beziehen, die Vorschrift des § 601 Abs. 1 doch für den umgekehrten Fall, wenn die Entmündigung erfolgt, insofern zur Anwendung, als die Kosten dem Entmündigten und beim Unterliegen des Staatsanwalts der Staatskasse zur Last fallen (Sarwey II S. 54, Petersen § 604 Nr. 2, Hell-

§ 605. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann im Wege der Klage binnen der Frist eines Monats angefochten werden.

Das Recht zur Erhebung der Klage steht dem Entmündigten selbst, dem Vormunde desselben und den im §. 595 bezeichneten Personen zu.

Die Frist beginnt für den Entmündigten mit dem Tage, an welchem er von der Entmündigung Kenntniß erhalten hat, für die übrigen Personen mit der Bestellung des Vormundes und im Falle einer gesetzlichen Vormundschaft mit der Mittheilung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 458–462.

---

mann II S. 568, Wilm. Levy Anm. 2, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M.: Puchelt II S. 450, Daude a. a. O. S. 105).

§ 605.

Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 1.

1) Abs. 1: — „im Wege der Klage — angefochten werden" — Eine ähnliche Anfechtungsklage findet sich im Vertheilungsverfahren (§ 764), Aufgebotsverfahren (§ 834), schiedsrichterlichen Verfahren (§ 867). — Eine sofortige Beschwerde (§ 604) konkurrirt nicht mit der Anfechtungsklage.

Die Anfechtung kann nicht auf Gründe gestützt werden, welche erst nach Erlaß des Entmündigungsbeschlusses enstanden sind und daher einen Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung zu rechtfertigen vermögen; deren Berücksichtigung ist schon wegen der verschiedenen Wirkungen eines die Anfechtungsklage für begründet erklärenden Urtheils und eines dem Antrage auf Wiederaufhebung der Entmündigung (§ 616) stattgebenden Beschlusses (vgl. § 613 Anm. 3 u. 4) unzulässig. (So auch Gaupp III S. 69, 70, Wilm. Levy § 616 Anm. 1, Hellmann II S. 577, Seuffert Anm. 2. A. M. Sarwey II S. 62.) Der Wiederaufhebungsantrag kann auch während des Rechtsstreits über die Anfechtungsklage gestellt werden (s. Kleiner II S. 726), ebenso nach Ablauf der Frist des § 605 (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 262).

2) Auf die Klage finden — abgesehen von den besonderen Vorschriften der §§ 607—612, welche großentheils zur Wahrung des auch hier zu beachtenden öffentlichen Interesse gegeben sind (vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 206 ff., 211 ff.), und den besonderen Vorschriften des GVG. § 172 Abs. 1 über die Oeffentlichkeit der Verhandlung — die allgemeinen Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren Anwendung. Gegen das Urtheil greifen die regelmäßigen Rechtsmittel Platz. [Mit Unrecht bezweifelt Siebenhaar S. 590 die Zulässigkeit der Revision, welche, da rücksichtlich der Anfechtungsklage nirgends eine Ausnahme gemacht ist, aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 507, 509 Nr. 2 von selbst sich ergiebt (vgl. auch § 508 Anm. 2). Die That- und die Rechtsfrage lassen sich bei der Entmündigung ebensowohl scheiden, wie in anderen Fällen, wenngleich zuzugeben ist, daß in diesem Verfahren materielle Rechtsfragen wohl nur selten den Gegenstand der Beschwerde bilden werden. Auch der von S. gegen die Zulässigkeit der Revision angeführte prozessualische Grund ist unrichtig. Wenn das Landgericht die Anfechtungsklage zurückweist, das Oberlandesgericht aber sie für begründet ansieht, so steht nach allgemeinen Grundsätzen der unterliegenden Partei (also dem Staatsanwalt bzw. Vormund) die Revision zu. Die §§ 604, 619 beziehen sich lediglich auf den Beschluß des Amtsgerichts.]

3) „Frist eines Monats" — Dieselbe ist nicht, wie in den Fällen der §§ 834, 867, eine Nothfrist; gegen den Ablauf findet daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt (§ 211 Anm. 1), zu deren Gewährung ein Bedürfniß nicht vorliegt, weil jederzeit ein Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung zulässig ist (§ 616). — Eine Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage ist gesetzt, um das Entmündigungsverfahren zum Abschlusse zu bringen und die Anfechtungsklage von dem Antrage auf Aufhebung der Entmündigung bzw. von der Aufhebungsklage getrennt zu halten (vgl. §§ 613 Anm. 3 u. 4, 616 Anm. 3).

§ 606. Für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirke das Amtsgericht seinen Sitz hat, ausschließlich zuständig.

R. Entw. § 1110. Entw. I. § 541. Entw. II. § 560. Entw. III. § 569. Mot. S. 371, 372. Prot. S. 463.

§ 607. Die Klage ist gegen den Staatsanwalt zu richten.

Erhebt der Staatsanwalt die Klage, so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.

Die Einhaltung der Frist ist nach Analogie der §§ 552, 764, 835, 870 von Amtswegen zu prüfen. (Ebenso Puchelt II S. 451, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2. A. M.: Sarwey II S. 54, Hellmann II S. 571 u. Lehrb. S. 909, Petersen § 605 II I, Gaupp III S. 63, Kleiner II S. 721, Daude a. a. O. S. 76.) Eine Verlängerung derselben durch Vereinbarung der Parteien ist nicht möglich, weil es vor der Klagerhebung keine eigentlichen Parteien giebt. (Vgl. § 597 Anm. 4. Ebenso Seuffert, Gaupp, Daude a. a. O. A. M.: Hellmann II S. 571 und Lehrb. S. 908, Sarwey, Puchelt, Petersen, Kleiner, Wilm.-Levy a. a. O.)

4) Abs. 2: Um den weitgehendsten Schutz gegen ungerechtfertigte Entmündigungen zu gewähren, ist das Recht zur Erhebung der Klage nicht blos dem Entmündigten selbst und seinem Vormunde, sondern auch ohne jede Einschränkung allen zur Stellung des Entmündigungsantrags berechtigten Personen, namentlich auch dem Staatsanwalt gegeben. Vgl. § 609 Anm. 1.

Die zu Lebzeiten des Entmündigten erhobene Klage kann auch nach dessen Tode von den Erben fortgesetzt werden, da die Wirkungen derselben auch für letztere von vermögensrechtlichem Interesse bleiben, ja es kann selbst die Klage nach seinem Tode zwar nicht von den Erben als solchen, wohl aber von den neben ihm zur Klage berechtigten Personen (wegen des nach § 613 Abs. 2 vorliegenden Interesse) neu erhoben werden. [So auch Puchelt II S. 458 Anm. 4, Hellmann II S. 570 u. Lehrb. S. 908, Petersen § 605 I 1, Gaupp III S. 62, 63, Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 589 Anm. 3 u. A., im Wesentlichen auch Sarwey II S. 55; s. auch RG. IX S. 217. A. M.: Siebenhaar S. 588, Wilm. Levy Anm. 4, 6, jetzt auch Seuffert Anm. 4, 5, welche theils die Vererblichkeit einer nicht vermögensrechtlichen Klage überhaupt sowie die Möglichkeit der Fortdauer des Anfechtungsrechts nach dem Tode des Entmündigten bestreiten, theils mit Unrecht daraus, daß nach § 595 der Kreis der Antragsteller sich nicht auf alle Personen erstreckt, welche ein vermögensrechtliches Interesse an der Entmündigung haben, schließen, daß auch das Recht der Anfechtung einer im amtsgerichtlichen Verfahren (nicht rechtskräftig) beschlossenen Entmündigung nicht wegen eines vorhandenen vermögensrechtlichen Interesse auf die Erben des Entmündigten übergehen könne.] Die Worte im Abs. 2: „dem Entmündigten selbst" bilden nur den Gegensatz zum Vormund, nicht zu den Erben desselben.

5) Abs. 3: vgl. § 603 Anm. 2. Der jetzige Abs. 3 ist auf den Antrag der Abg. Becker und Mayer an die Stelle des von der Subkommission vorgeschlagenen Satzes getreten: „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der Entmündigung." Der Fristenlauf kann darnach für den Entmündigten und für die übrigen Berechtigten von einem verschiedenen Zeitpunkt beginnen (vgl. auch § 835); die Kenntniß von der Entmündigung ist nur für den Ersteren entscheidend. „Kenntniß" schließt auch ein Begreifen des Inhalts des Beschlusses in sich; so lange der Entmündigte hiezu nicht im Stande ist, läuft die Frist für ihn überhaupt nicht. (So auch Petersen § 605 II 2, Daude a. a. O. S. 75, Prot. S. 460. A. M.: Wilm. Levy Anm. 7, Seuffert Anm. 6.)

6) Wegen der Gebühren s. GKG. § 20 Nr. 1, GO. f. RA. § 16 Abs. 1.

§ 606.

— „das Amtsgericht" — nämlich das des § 594.

Hat eine der im §. 595 Abs. 1 bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mittheilung der Klage zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des §. 59 als Streitgenosse der Hauptpartei.

N. Entw. – Entw. I. § 546 Abs. 1. Entw. II. § 565 Abs. 1. Entw. III. § 574 Abs. 1. Mot. S. 373. Prot. S. 463.

§ 608. Mit der die Entmündigung anfechtenden Klage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist unzulässig.

N. Entw. § 1113. Entw. I. § 544. Entw. II. § 563. Entw. III. § 572. Mot. S. 372. Prot. S. 463.

§ 609. Will der Entmündigte die Klage erheben, so ist ihm auf seinen Antrag von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter beizuordnen.

N. Entw. § 1115. Entw. I. § 545. Entw. II. § 564. Entw. III. § 573. Mot. S. 372. Prot. S. 463.

---

§ 607.

1) Da das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren ein Offizialverfahren ist, in welchem eigentliche Parteien nicht vorhanden sind, so fordert die Konsequenz, daß die Anfechtungsklage nicht gegen den ursprünglichen Antragsteller, sondern gegen den Staatsanwalt als Vertreter des Amtsgerichts, welches durch seinen im öffentlichen Interesse gefaßten Beschluß zu der Klage Anlaß gegeben hat, gerichtet werde. Eine Ausnahme mußte hiervon jedoch in dem Falle gemacht werden, wo der Staatsanwalt selbst die Klage erhebt, weil derselbe selbstverständlich nicht gegen sich selbst klagen kann. Für diesen — voraussichtlich seltenen — Fall blieb nichts Anderes übrig, als den Vormund des Entmündigten dem Staatsanwalt als Gegner gegenüberzustellen obwohl derselbe an sich nicht sehr geeignet erscheint, das Interesse der Aufrechthaltung der Entmündigung zu vertreten. Ist ein Vormund noch nicht vorhanden, so hat der Staatsanwalt zunächst die Ernennung eines solchen bei der Vormundschaftsbehörde zu erwirken. Sein Klagerecht kann der Staatsanwalt nach § 605 Abs. 3 vor der Bestellung nicht verlieren. (Vgl. auch Petersen § 607 Nr. 2, Hellmann II S. 572, Gaupp II S. 64, Seuffert Anm. 2 u. A.)

Im Falle des Abs. 1 kann der Staatsanwalt nicht in höherer Instanz, selbst wenn er die Aufhebung der Entmündigung für begründet erachtet, Anfechtungskläger (im Sinne des Abs. 2) werden (RG. XIII S. 432).

2) Für den Staatsanwalt gilt kein Anwaltszwang; vgl. § 586 Anm. 2.

3) Abs. 3: Die Ladung hat durch den Kläger zu erfolgen. Sie braucht nicht innerhalb der einmonatigen Frist (§ 605 Abs. 1) zu erfolgen. Ist sie unterblieben, so tritt Verlegung der Verhandlung auf Antrag oder auch von Amtswegen ein. (Letzteres bezweifelt Endemann III S. 57 mit Unrecht; dem Antragsteller soll unbedingt Gelegenheit gegeben werden, sein Interesse an Aufrechterhaltung oder Aufhebung der Entmündigung in dem Rechtsstreite geltend zu machen. Vgl. auch Petersen § 607 Nr. 3, Gaupp III S. 65, Wilm. Levy Anm. 3, Daube a. a. O. S. 78, 79, Francke: Die Nebenparteien usw. S. 134 ff.) Wegen der nothwendigen Streitgenossenschaft vgl. § 59 Anm. 2. Der Antragsteller kann übrigens auch ohne Ladung als Nebenintervenient (§§ 63, 66) der einen oder anderen Partei beitreten (Gaupp III S. 65, Francke a. a. O. S. 136, Petersen a. a. O.).

§ 608.

Vgl. §§ 575 Abs. 2, 587.

§ 609.

1) Der bei den Landgerichten herrschende Anwaltszwang bringt es mit sich, daß der Entmündigte die Anfechtungsklage nur durch einen Rechtsanwalt erheben kann. Er ist nun befugt (anders als im Falle des § 620), einen solchen selbst zu bestellen, da dem § 603 Abs. 2 insoweit durch die §§ 605 ff., insbesondere § 605 Abs. 2 derogirt wird, kann aber nach § 609 auch

§ 610. Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien die Ergebnisse der bei dem Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung, soweit es zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses erforderlich ist, vollständig vorzutragen.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, zu veranlassen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 563.

bei dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts die Beiordnung „als Vertreter" beantragen. Daß diesem Antrag stattgegeben werden muß, verlangt die Billigkeit, da die Entmündigung im öffentlichen Interesse stattgefunden hat und die Anfechtungsklage sicheren Schutz gegen ungerechtfertigte Entmündigungen gewähren soll. Die Beiordnung ist also auch nicht an die Voraussetzungen des § 33 der RAO. geknüpft und erfolgt nicht durch das Prozeßgericht, sondern durch den Vorsitzenden. (Anders bei der Entmündigung wegen Verschwendung, bei welcher nach § 624 Abs. 4 der § 609 nicht entsprechende Anwendung findet.) Der nach seinem klaren Wortlaute sich lediglich auf den Fall des § 33 das. beziehende § 38 der RAO. findet auf den § 609 keine Anwendung. (Zustimmend Gaupp III S. 66, Wilm. Levy Anm. 1, Daube a. a. O. S. 73, Seuffert Anm. 1, 2. A. M. Sarwey II S. 57.)

Nach den Entwürfen war für das Entmündigungsverfahren dem zu Entmündigenden stets von Amtswegen ein Rechtsanwalt als Vertreter zu bestellen (vgl. auch Preuß. AGO. I 38 § 5 und Anh. § 283, Württ. PO. Art. 872, P. E. § 891 u. Mot. S. 218, 219, Norbd. Prot. S. 2218). Die RTK. hat für das amtsgerichtliche Verfahren wegen der Verpflichtung des Gerichts, von Amtswegen thätig zu sein, die Beiordnung eines derartigen Vertreters nicht als nothwendig und für die Anfechtungsklage die Bestimmung des § 609 als ausreichend angesehen.

Der beigeordnete Anwalt hat trotz der Beiordnung auf Verlangen des Gegners Vollmacht des Entmündigten beizubringen (vgl. § 76 Anm. 1. A. M. Daube a. a. O. S. 74).

Die Bestellung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9).

2) Auf den von dem Entmündigten selbst bestellten Rechtsanwalt finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Der Entmündigte ist demselben gegenüber zur Zahlung der gesetzlichen Gebühren verpflichtet (Sarwey II S. 57, Hellmann II S. 569 u. Lehrb. S. 909, Petersen § 609 Anm., Gaupp III S. 66 u. A.). Eine vertragsmäßige Erhöhung ist nur gültig, wenn demnächst der Entmündigungsbeschluß aufgehoben wird (vgl. GO. f. RA. § 93 Abs. 1; Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Daube a. a. O. S. 73).

Auch der beigeordnete Anwalt hat dem Entmündigten gegenüber, sofern Letzterem nicht das Armenrecht bewilligt ist, Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren (Seuffert Anm. 2, Petersen a. a. O. u. A.). Eine vertragsmäßige Erhöhung ist aber hier unbedingt ausgeschlossen.

§ 610.

1) Wenngleich das amtsgerichtliche Verfahren keinen Theil des Prozeßverfahrens bildet, so liefert es doch die nothwendige Grundlage für das letztere. Die Ergebnisse desselben müssen daher auch bei der mündlichen Verhandlung über die Anfechtungsklage in ähnlicher Weise vorgetragen und benutzt werden, wie in der Berufungsinstanz die Ergebnisse des Verfahrens der ersten Instanz (vgl. § 488). Soweit sie sich nicht aus der Ausfertigung des Beschlusses ergeben, werden die Akten des Amtsgerichts einzusehen und zu diesem Behuf einzufordern sein. (Vgl. Gaupp III S. 67, Daube a. a. O. S. 79.) Daneben sind jedoch neue Thatsachen und Beweismittel unbeschränkt zulässig.

2) Ein Richter, welcher den Entmündigungsbeschluß erlassen oder bei der die Entmündigung aussprechenden Entscheidung über die Beschwerde mitgewirkt hat, kann trotzdem an der Entscheidung über die Anfechtungsklage mitwirken, weil die erste Entscheidung nicht in einer früheren Instanz ergangen, und dieser Fall nicht, wie der der Anfechtung einer schiedsrichterlichen Entscheidung, in § 41 Nr. 6 ausdrücklich erwähnt ist. Auch ist in der RTK. ein Antrag auf Aus-

§ 611. Die Vorschriften der §§. 577, 578 finden entsprechende Anwendung. Der Parteieid ist ausgeschlossen.

N. Entw. — Entw. I. § 546 Abs. 2. Entw. II. § 565 Abs. 2. Entw. III. § 574 Abs. 2. Mot. S. 373. Prot. S. 463.

§ 612. Die Bestimmungen der §§. 598, 599 finden in dem Verfahren über die Anfechtungsklage entsprechende Anwendung.

Von der Vernehmung Sachverständiger darf das Gericht Abstand nehmen, wenn es das vor dem Amtsgericht abgegebene Gutachten für genügend erachtet.

N. Entw. § 1116. Entw. I. § 547. Entw. II. §§ 566, 567. Entw. III. § 575, 576. Mot. S. 373. Prot. S. 463, 464.

§ 613. Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß aufzuheben. Die Aufhebung tritt erst mit der Rechtskraft des Urtheils in Wirksamkeit. Auf Antrag können jedoch zum Schutze der Person oder des Vermögens des Entmündigten einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der §§. 815—822 getroffen werden.

---

schließung der Mitglieder des Beschwerdegerichts abgelehnt worden (Prot. S. 463). Nur § 42 kann helfen. (Ebenso Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 58, Endemann III S. 59, Petersen §§ 610—612 I 3, Gaupp III S. 67, Wilm. Levy Anm. 3 u. A.)

§ 611.

1) Abs. 1: Die Gründe sind dieselben, wie für das Verfahren in Ehesachen (vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 206 ff., 211, 377 ff., 453 ff.). Der Satz gilt schon vermöge des Offizialprinzips (§ 597) auch für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren.

In Bezug auf § 578 gestaltet sich, da im Gegensatz zu §§ 577 Abs. 2 u. 578 Abs. 4 auch der richterliche Eid ausgeschlossen ist, die „entsprechende Anwendung" so, daß von einem Versäumnißverfahren nie die Rede sein wird (vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 425 ff., Hellmann, Lehrb. S. 909). Nach den Entwürfen, welche die gleiche Bestimmung enthielten, hatte dieselbe die Bedeutung, daß gegen den im Entmündigungsverfahren Beklagten, d. h. den zu Entmündigenden, ein Versäumnißverfahren nicht stattfinden könne.

In Bezug auf § 577 Abs. 2 ist die „entsprechende Anwendung" rücksichtlich der Editionsanträge dahin zu verstehen, daß solche völlig ausgeschlossen sind, wie der Entw. III in den §§ 554 Abs. 2 und 574 Abs. 2 klar aussprach. (Vgl. Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 59, Hellmann II S. 574 u. Lehrb. S. 910, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M.: Puchelt II S. 454 Anm. 3, Endemann III S. 59, 60, welcher Letztere jedoch den Editionseid ausschließt.)

2) Abs. 2: Wegen des Begriffs „Parteieid" vgl. § 543 Nr. 1 u. Anm. 2. Eine abweichende Bestimmung enthält § 577 Abs. 2.

§ 612.

1) Die etwa noch nöthige Vernehmung des Entmündigten soll, wie von dem Abg. Zinn ohne Widerspruch in der RTK. konstatirt wurde, regelmäßig am Orte seines Aufenthalts, nicht am Sitze des Gerichts geschehen; sie kann nicht blos durch einen ersuchten (§ 598 Abs. 2), sondern auch durch einen beauftragten Richter erfolgen (Endemann III S. 60, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.).

2) Ueber den Ausschluß der Oeffentlichkeit in dem Prozeßverfahren vgl. GVG. § 172 Abs. 1.

§ 613.

1) Der § 613 ist nach Anträgen der Abg. Bähr und Becker von der RTK. aufgenommen worden, um Zweifel über die Wirkungen eines in Folge einer Anfechtungsklage die Entmündigung aufhebenden Urtheils — namentlich im Gegensatz zu einem auf einen Wiederaufhebungsantrag (§ 616) ergangenen aufhebenden Beschluß — zu beseitigen.

Die Aufhebung hat zur Folge, daß die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des Entmündigten auf Grund des Beschlusses, welcher die Entmündigung ausgesprochen hatte, nicht in Frage gestellt werden kann. Auf die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des bestellten oder gesetzlichen Vormundes hat die Aufhebung keinen Einfluß.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 455–462, 464, 560, 561.

---

2) Abs. 1: Der erste Satz schließt sich an die Bestimmung des § 603 Abs. 2 an, wonach der die Entmündigung aussprechende Beschluß ohne Rücksicht auf die Anfechtungsklage sofort ins Leben tritt; der zweite Satz entspricht der allgemeinen Regel des § 644 über die Vollstreckbarkeit der Urtheile und schließt zugleich die vorläufige Vollstreckbarkeit aus; der dritte Satz giebt einen geeigneten Ersatz für die vorläufige Vollstreckbarkeit.

3) Abs. 2: Die Handlungen des Entmündigten, welche in die Zeit von der Mittheilung des die Entmündigung aussprechenden (amtsgerichtlichen) Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde bis zur Rechtskraft des auf die Anfechtungsklage den Beschluß aufhebenden rechtskräftigen Urtheils fallen, sind freilich an sich formell ungültig; trotzdem werden sie in Gemäßheit des § 613 Abs. 2 als materiell gültig angesehen, weil durch die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses dargethan ist, daß die Entmündigung überhaupt nicht hätte ausgesprochen werden sollen und zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit kein Grund vorlag, und weil Dritte, welche auf Rechtsgeschäfte mit einem Entmündigten ungeachtet des Entmündigungsbeschlusses sich eingelassen haben, über eine Aufrechterhaltung dieser Rechtsgeschäfte sich nicht beschweren können (mithin Wirkung ex tunc). Dies schließt jedoch für Rechtsgebiete, wie das des gem. Rechts, in denen die Handlungsunfähigkeit mit der Thatsache der Geisteskrankheit eintritt, nicht aus, daß eine einzelne in der Zwischenzeit vorgenommene Handlung wegen Geisteskrankheit für ungültig erklärt wird, sofern letztere für die Zeit der Handlung behauptet und im Prozeßwege nachgewiesen wird (vgl. § 593 Anm. 2 a. E., Mandry S. 39, Daude a. a. O. S. 87).

Auf der andern Seite müssen aber auch Handlungen, welche der bestellte oder gesetzliche Vormund des Entmündigten in der oben bezeichneten Zwischenzeit vorgenommen hat, ungeachtet der von dem Prozeßgerichte nachher gemißbilligten Entmündigung aufrechterhalten werden, weil der Vormund zur Vornahme befugt war, und die Interessen Dritter, welche in gutem Glauben auf dessen Befugnisse sich mit ihm eingelassen haben, auf das schwerste beeinträchtigt werden würden, wenn es in der Macht des mit Unrecht Entmündigten läge, jene Handlungen als ungültig anzufechten (mithin Wirkung ex nunc).

4) Wird der Entmündigungsbeschluß in Folge eines Antrags auf Wiederaufhebung vom Amtsgerichte wieder aufgehoben (§ 616), so liegt in der Wiederaufhebung — welche vielleicht erst Jahre nachher erfolgt — nicht die Erklärung, daß die Entmündigung mit Unrecht ausgesprochen worden, sondern nur, daß sie bei der gegenwärtigen Sachlage wegen veränderter Umstände nicht mehr aufrechtzuerhalten sei. Die Folge davon ist, daß die Handlungen, welche der Entmündigte von der Entmündigung an vorgenommen hat, sämmtlich ungeachtet der späteren Wiederaufhebung ungültig bleiben (vgl. auch Mandry S. 40). Ein Gleiches gilt, wenn die Aufhebung der Entmündigung nach Ablehnung eines Wiederaufhebungsantrags im Wege der Wiederaufhebungsklage durchgesetzt worden ist (§ 620 Abs. 4).

Die bisherigen Handlungen des Vormunds bleiben selbstverständlich auch hier, wie im Falle des § 613, gültig.

5) Im Uebrigen bestimmen sich die rechtlichen Wirkungen der Entmündigung nach den Vorschriften der Landesgesetzgebung (vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschn. unter 1, Mandry S. 35). Ein Antrag, welcher dieses ausdrücklich hervorheben wollte, wurde zurückgezogen, nachdem der Regierungsvertreter den Inhalt als selbstverständlich bezeichnet hatte (Prot. S. 721). [Nicht unbedenklich sind die von Siebenhaar S. 587 aufgestellten allgemeinen Grundsätze.]

§ 614. Unterliegt der Staatsanwalt, so ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurtheilen.

Ist die Klage von dem Staatsanwalt erhoben, so hat die Staatskasse in allen Fällen die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

N. Entw. — Entw. I. § 546 Abs. 2. Entw. II. § 565 Abs. 2. Entw. III. § 574 Abs. 2. Mot. S. 373. Prot. S. 464.

§ 615. Das Prozeßgericht hat der Vormundschaftsbehörde und dem Amtsgerichte von jedem in der Sache erlassenen Endurtheile Mittheilung zu machen.

N. Entw. § 1119. Entw. I. § 549. Entw. II. § 569. Entw. III. § 578. Mot. S. 373, 374. Prot. S. 464.

§ 616. Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes oder des Staatsanwalts durch Beschluß des Amtsgerichts.

N. Entw. § 1122. Entw. I. § 559. Entw. II. § 570. Entw. III. § 579. Mot. S. 374. Prot. S. 464.

---

§ 614.

1) Abs. 1: vgl. § 591. „Unterliegt der Staatsanwalt" — sei es als Beklagter oder als Kläger.

2) Abs. 2: Dringt der Staatsanwalt mit der Anfechtungsklage durch, so würde es ungerecht sein, seinem Gegner — dem durch seinen Vormund vertretenen Entmündigten — die Kosten zur Last zu legen. Zu diesen Kosten gehören nach § 87 auch die des Gegners.

Der Abs. 2 bezieht sich jedoch nicht auf den Fall eines von dem Vormunde des Entmündigten ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels, auf welchen Fall vielmehr § 92 Anwendung findet. (So auch Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 72 u. A. A. M.: Endemann III S. 63, Hellmann, Lehrb. S. 910. Abweichend auch Sarwey II S. 61 Anm. 2.)

3) — „in allen Fällen" — nämlich auch im Falle des Obsiegens (im Gegensatz zum Abs. 1). Siegt der Staatsanwalt als Beklagter ob, so hat der Kläger nach § 87 alle Kosten des Rechtsstreits zu tragen; § 614 disponirt für diesen Fall überhaupt nicht. (Vgl. auch Gaupp a. a. O. u. A.)

§ 615.

„Prozeßgericht" ist auch das Berufungs- und das Revisionsgericht. (So auch Daube a. a. O. S. 83 Anm. 24, Seuffert Anm. A. M. Endemann III S. 63, welcher darunter hier nur das Landgericht versteht.) Im Gegensatz zu § 603 ist der Vormundschaftsbehörde auch von einem Endurtheile Mittheilung zu machen, welches die Entmündigung ablehnt. Die Rechtskraft des Urtheils festzustellen, bleibt der Vormundschaftsbehörde bzw. dem Amtsgericht (wegen § 627) überlassen. Ueber den Ausdruck „Mittheilung" vgl. §§ 156 Anm. 2, 603 Anm. 2 a. E.

§ 616.

Vgl. die allgem. Bem. zu diesem Abschnitt unter 1 und § 613 Anm. 4.

1) Die Entwürfe schlugen (im Einklange mit ihren Vorschriften über Entmündigung) vor, daß die Wiederaufhebung der Entmündigung auf Grund eines neuen Prozeßverfahrens vor dem Landgerichte durch Urtheil stattfinden solle (vgl. Code de proc. art. 896, Code civ. art. 512, 514, Württ. PO. Art. 875, Nordd. Prot. 2222). Die CPO. hat (ebenso in Uebereinstimmung mit ihren Grundsätzen über Entmündigung) die Wiederaufhebung im Offizialverfahren durch Beschluß des Amtsgerichts angeordnet.

2) Zum Schutze des Entmündigten ist auch dem Staatsanwalt das Antragsrecht gewährt (vgl. § 605 Abs. 2); die nach § 595 Abs. 1 zum Antrag auf Entmündigung berechtigten Personen besitzen dasselbe nicht, mit alleiniger Ausnahme des Vormundes, unter welchem übrigens in § 616 wie in § 605 Abs. 2 vorzugsweise der in Folge der Entmündigung ernannte (bzw. der gesetzliche) Vormund (oder Kurator) verstanden ist.

§ 617. Für die Wiederaufhebung der Entmündigung ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Entmündigte ein Deutscher und hat er seinen Wohnsitz nur im Auslande, so kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden, sofern die Entmündigung von einem deutschen Gericht ausgesprochen ist.

Die Bestimmungen der §§. 596—599 finden entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 1122. Entw. I. § 550. Entw. II. § 570. Entw. III. § 579. Mot. S. 374. Prot. S. 464.

§ 618. Die Kosten des Verfahrens sind von dem Entmündigten, wenn das Verfahren von dem Staatsanwalt ohne Erfolg beantragt ist, von der Staatskasse zu tragen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 404.

§ 619. Der über die Wiederaufhebung der Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und im Falle der Wiederaufhebung dem Entmündigten sowie dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

---

3) Die Wiederaufhebung kann jederzeit beantragt werden; der Antrag ist weder, wie bei der Anfechtungsklage (§ 605), an eine Frist gebunden, noch während der Zeit, während welcher die Frist zur Anfechtungsklage noch läuft, unzulässig. Auch kann die Wiederaufhebung selbstverständlich zu wiederholten Malen nachgesucht und der Antrag jederzeit zurückgenommen werden. — Nach dem Tode des Entmündigten ist jedoch weder ein Antrag noch eine Klage (§ 620) auf Wiederaufhebung möglich (Seuffert Anm. 4, Petersen §§ 616—619 Nr. 1 u. A.). Anders die Anfechtungsklage (s. § 605 Anm. 4).

4) Wegen Ausschlusses der Oeffentlichkeit s. GVG. § 172 Abs. 1.

§ 617.

1) Abs. 1 entspricht dem § 594 Abs. 1; Abs. 2 dem Abs. 2 das. Letzterer knüpft aber den Gerichtsstand weiter an die Voraussetzung, daß ein deutsches Gericht die Entmündigung ausgesprochen hat.

2) Abs. 3: vgl. Daude a. a. O. S. 90 ff. Die entsprechende Anwendung des § 599 wird dahin zu verstehen sein, daß eine Aufhebung der Entmündigung nicht ohne zuvorige Anhörung mindestens eines Sachverständigen geschehen darf. Dagegen darf der Antrag auf Wiederaufhebung auch ohne solche Anhörung zurückgewiesen werden, was bei offenbar frivolen und häufig wiederkehrenden Anträgen nothwendig ist. (Zustimmend Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 63 Anm. 3, Hellmann II S. 578 u. Lehrb. S. 911, Wilm. Levy Anm. 3, Daude a. a. O. S. 94, jetzt auch Petersen §§ 616—619 Nr. 2. A. M.: Kleiner II S. 731, Gaupp III S. 75.)

§ 618.

Vgl. § 601 Abs. 1. Wegen der Gebühren s. GKG. § 34 Nr. 1 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881).

§ 619.

1) Abs. 1: vgl. §§ 602, 603, von denen jedoch in mehreren Punkten abgewichen wird.

2) Abs. 2: Die RTK., welche anfänglich jede Beschwerde ausgeschlossen hatte, beschloß bei Revision der zweiten Lesung auf Antrag des Abg. Zinn, wegen der Wichtigkeit der in Frage stehenden Interessen dem Staatsanwalt — nicht auch denjenigen Personen, welche die Entmündigung beantragt hatten (vgl. § 604) — ein Beschwerderecht einzuräumen. Die „sofortige Beschwerde" (§ 540) steht ihm selbst dann zu, wenn er in erster Instanz die Wiederaufhebung beantragt hat (vgl. § 589 Anm. 2). Nach § 535 hat diese Beschwerde aufschiebende Wirkung.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, steht dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

Die rechtskräftig erfolgte Wiederaufhebung ist der Vormundschaftsbehörde mitzutheilen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III. — Mot. — Prot. S. 464, 712, 713.

§ 620. Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der dem Entmündigten bestellte Vormund und der Staatsanwalt befugt.

Will der Vormund die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§. 606—615 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 1123. Entw. I. § 551. Entw. II. § 571. Entw. III. § 580. Mot. S. 374. Prot. S. 464, 465.

---

3) Die Vorschrift des Abs. 3 entspricht derjenigen des § 603 Abs. 1. — „rechtskräftig" — also erst nach unbenutztem Ablaufe der Beschwerdefrist oder nach Erledigung der Beschwerde, indem die Wirkungen des Wiederaufhebungsbeschlusses — abweichend von § 603 Abs. 2 — nach allgemeinen Grundsätzen erst mit der Rechtskraft eintreten.

§ 620.

1) Die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung entspricht völlig der Klage auf Anfechtung der Entmündigung; sie beruht wie diese auf dem Gedanken, daß in denjenigen Fällen, in welchen der Beschluß des Amtsgerichts, gleichviel aus welchen (materiellen oder nur formellen) Gründen, zu Ungunsten des Entmündigten ausgefallen ist, zum Schutze der bürgerlichen Selbständigkeit desselben ihm die Möglichkeit eines prozessualischen Verfahrens mit seinen strengen Formen gewährt werden müsse, während in denjenigen Fällen, in welchen zu seinen Gunsten entschieden worden, eine Beschwerde (§§ 604, 619) genüge. — Eine Konkurrenz der Beschwerde mit der Klage findet auch hier nicht statt; dagegen ist der Kläger hier an eine Frist nicht gebunden.

Abweichend von der Anfechtungsklage (vgl. § 605 Anm. 1) kann — und wird sogar in der Regel — die Klage auf Wiederaufhebung durch Gründe gerechtfertigt werden, welche zur Zeit des Erlasses des Entmündigungsbeschlusses noch nicht vorlagen. Ob sie in dem amtsgerichtlichen Wiederaufhebungsverfahren bereits geltend gemacht sind, ist unerheblich.

2) Erhebt der Vormund oder ein Rechtsanwalt als Vertreter des Entmündigten (Abs. 3) die Klage, so ist dieselbe gegen den Staatsanwalt zu richten (§ 607 Abs. 1); wird sie von dem Staatsanwalt erhoben, so muß sie gegen den Vormund des Entmündigten als dessen Vertreter gerichtet werden (§ 607 Abs. 2); Letzterer wird gleichsam deshalb verklagt, weil er es unterlassen hat, seiner Pflicht, die Klage zu erheben, nachzukommen.

Der Entmündigte selbst kann — abweichend von § 605 Abs. 2 — als prozeßunfähig nicht klagen bzw. einen Rechtsanwalt bestellen (A. M. nur Puchelt II S. 459); er ist vielmehr darauf angewiesen, sich nach Abs. 3 einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen zu lassen. Der beigeordnete Rechtsanwalt nimmt hier — abweichend von § 605 Abs. 2 — die Stellung eines gesetzlichen Vertreters im Prozesse (curator ad hoc) ein und bedarf daher (wie der Vertreter im Falle des § 55) keiner Vollmacht des Entmündigten. (So auch Gaupp III S. 77, Wach I S. 588, Hellmann, Lehrb. S. 912, Petersen §§ 616—619 Nr. 2 u. A.) Die Beiordnung liegt — abweichend von § 609 — im Ermessen des Gerichtsvorsitzenden („kann"). Gegen die Versagung findet nach § 530 Beschwerde statt, weil ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist. (So auch Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 65, Endemann III

§ 621. Eine Person kann für einen Verschwender nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§. 594, 595 Abs. 1, der §§. 596, 597 Abs. 1, 4 und des §. 604 entsprechende Anwendung.

Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt.

N. Entw. §§ 1109–1112. Entw. I. §§ 540–543. Entw. II. §§ 559–562. Entw. III. §§ 568–571. Mot. S. 369–372. Prot. S. 465, 466.

S. 68, Wach I S. 539 Anm. 20 u. A. A. M. Hellmann II S. 579.) Vgl. auch §§ 609, Anm. 2, 626 Abs. 2.

3) Wegen Ausschlusses der Oeffentlichkeit s. GVG. § 172 Abs. 1.

Wegen der Gerichtsgebühren s. GKG. §§ 20 Nr. 1, 47 Nr. 9, wegen der Gebühren des beigeordneten Rechtsanwalts § 609 Anm. 2.

4) Abs. 4: § 609 ist durch Abs. 3 ersetzt, § 613 Abs. 2 als materiellrechtlichen Inhalts nicht anwendbar (s. § 613 Anm. 4, Petersen §§ 616–619 Nr. 3, Seuffert Anm. 3, Kleiner II S. 733, Daube a. a. O. S. 101, 102 u. A. Zweifelnd Sarwey II S. 65).

§§ 621–627.

Diese Paragraphen handeln von dem Entmündigungsverfahren gegen Verschwender. — Das Verfahren schließt sich im Wesentlichen dem Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit an. Die hauptsächlichsten Unterschiede bestehen in dem fast gänzlichen Ausschluß der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, dem Wegfall der obligatorischen Zuziehung von Sachverständigen, der Nichtanfechtbarkeit des Beschlusses, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, und einer andern Regelung des Kostenpunkts.

§ 621.

Literatur: Mandry S. 95 ff., Uebel in Busch, Zeitschr. VIII S. 470 ff., Arnold in Jur. Wochenschr. 1880 S. 109 ff., Hellmann, Lehrb. S. 912 ff.

1) Abs. 1 u. 2; vgl. §§ 593 Anm. 2 u. 3, 595 Anm. 5.

Den Begriff des Verschwenders bestimmt das bürgerliche Recht; vgl. z. B. Preuß. ALR. I 1 § 30, Sächs. bürgerl. GB. § 1987, wegen des gem. Rechts L. 1 pr. D. de curat. (27, 10), L. 12 § 2 D. de tut. (26, 5) u. Windscheid, Pand. II § 446 Anm. 4, RG. VII S. 349 u. die dort in Anm. 1 angeführte Literatur, wegen des franz. Rechts, welches eine eigentliche Entmündigung wegen Verschwendung nicht kennt, Code civ. art. 513–515 (vgl. d. allg. Bem. zu diesem Abschn. unter 3 c). Manche Rechtsnachtheile sind schon Folge verschwenderischen Lebenswandels ohne Entmündigung (vgl. z. B. ALR. II 1 §§ 62, 711; II 2 § 420).

2) Abs. 3: § 600 ist nicht angeführt, dürfte aber trotzdem entsprechende Anwendung finden (vgl. Mandry S. 97, Bähr in Krit. Vierteljahrsschr. XXV S. 546. Das von Letzterem angeführte Urtheil d. RG. I S. 107 betrifft übrigens die Zeit vor Geltung der CPO.).

3) Landesgesetzliche Bestimmungen (z. B. in Bayern, Württemberg), wonach dem Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung ein polizeiliches Vorverfahren oder eine Ermahnung des Verschwenders vorausgehen muß, sind, weil prozessualer Natur, abgeschafft (E. G. z. CPO. § 14 Abs. 1, Prot. S. 466). [Vgl. auch Siebenhaar S. 593, Endemann III S. 69, Gaupp III S. 79, Daube a. a. O. S. 119, Mandry S. 96 Anm. 4. A. M.: obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 138, Puchelt II S. 461, Sarwey II S. 66, Petersen §§ 621–623 I 1, Hellmann, Lehrb. S. 913, jetzt auch Seuffert Anm. 1 u. A., welche die fraglichen Bestimmungen als materiell-rechtliche Voraussetzungen der Entmündigung ansehen.] S. übrigens EG. z. CPO. § 10.

4) Abs. 4: Die auch hier beabsichtigte Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ist wegen Mangels des erforderlichen öffentlichen Interesse von der RTK. beseitigt. Vgl. jedoch §§ 624 Abs. 3, 626 Abs. 3.

§ 622. Die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von dem Antragsteller zu tragen.

R. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III. — Mot. — Prot. S. 466, 467.

§ 623. Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amtswegen zuzustellen.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Der Vormundschaftsbehörde ist ein solcher Beschluß von Amtswegen mitzutheilen.

R. Entw. § 1119. Entw. I. § 549. Entw. II. § 569. Entw. III. § 577. Mot. S. 373, 374. Prot. S. 467.

§ 624. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann binnen der Frist eines Monats von dem Entmündigten im Wege der Klage angefochten werden.

Die Frist beginnt mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte,

---

5) Die Oeffentlichkeit ist hier nach GVG. § 172 Abs. 2 nicht ausgeschlossen (vgl. GVG. § 172 Anm. 4).

§ 622.

Vgl. § 601. — Die Subkommission hatte vorgeschlagen, zu sagen: „Die Kosten — — anderenfalls von der Staatskasse zu tragen. Sie können in dem letzteren Falle dem Antragsteller zur Last gelegt werden." Die RTK. enschied sich jedoch auf den Antrag des Abg. Thilo für die jetzige Bestimmung.

§ 623.

1) Vgl. §§ 602 und 603. — Im Gegensatz zu § 603, aber im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen ist der Beschluß dem Entmündigten selbst zuzustellen. Die Gründe, welche in § 603 eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen bedingten, treffen hier nicht zu. — Ebenso entspricht es allgemeinen Grundsätzen, daß der die Entmündigung aussprechende Beschluß mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit tritt, und daß mit diesem Zeitpunkte die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage beginnt (§ 624 Abs. 2).

2) Dagegen bestimmen die Wirkungen der Entmündigung sich auch hier — wie im Falle des § 603 (vgl. § 603 Anm. 6) — nach bürgerlichem Recht. So weit es nach diesem hinsichtlich der Handlungsunfähigkeit des Verschwenders auf den Zeitpunkt der Entmündigung ankommt, tritt dieselbe jetzt mit der Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den Entmündigten ein. Wird sie aber nach Civilrecht (gutgläubigen) Dritten gegenüber an einen späteren Zeitpunkt, z. B. den der Veröffentlichung, geknüpft (vgl. z. B. Preuß. ALR. I 5 § 15), so bleiben diese Vorschriften unberührt. [So auch Gaupp III S. 81, 86, Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 621—623 III 2, Hellmann II S. 581, Sarwey II S. 67, Förster (Eccius) I § 26 Anm. 6 S. 157, Daube a. a. O. S. 130, 131. A. M.: Endemann III S. 70, 71, v. Bülow Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2, OLG. Hamm in Busch, Zeitschr. VII S. 546, Mandry S. 97 Anm. 9, welche derartige Vorschriften durch § 623 Abs. 2 allgemein für aufgehoben erachten, Siebenhaar S. 594, welcher umgekehrt den Beschluß Dritten gegenüber in der Regel erst von der in § 627 vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung an wirksam werden läßt. Auch Dernburg I S. 160 läßt die Entmündigungserklärung gegenüber Dritten erst vom Tage der Bekanntmachung an wirken, bezeichnet jedoch das. Anm. 14 die an sich nach dem Civilrecht zu entscheidende Frage als zweifelhaft.] Andererseits beurtheilt sich auch nach Civilrecht, inwiefern die vor der Entmündigung vorgenommenen Rechtshandlungen angefochten werden können (s. z. B. Preuß. ALR. I 5 § 16, Petersen a. a. O., Seuffert a. a. O.; vgl. auch § 593 Anm. 2 a. E.). Der Verschwender ist prozeßunfähig (§ 51 Abs. 1). Wegen seiner Eide vgl. § 435 Abs. 2.

falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§. 606, 608, 610, 611, 613—615 entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 467.

§ 625. Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§. 616—619.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, findet nicht statt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 467, 713.

§ 626. Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der Vormund des Entmündigten befugt. Will dieser die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

---

§ 624.

1) Vgl. §§ 605 und 607. — Da der entmündigte Verschwender im Stande ist, sein Interesse selbst wahrzunehmen, so ist — abweichend von § 605 Abs. 2 — ihm allein das Recht zur Erhebung der Anfechtungsklage eingeräumt.

Wegen Fortsetzung der Klage durch die Erben gilt das § 605 Anm. 4 Gesagte. Eine selbständige Klagerhebung nach dem Tode des Entmündigten kann nicht stattfinden, weil hier der Entmündigte allein die Klage anstellen kann. (A. M. Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 592 Anm. 3 bezüglich der Erben des Entmündigten.)

Die Beiordnung bzw. Bestellung eines Rechtsanwalts findet hier nur nach RAO. § 33 statt (vgl. § 609 Anm. 1 u. 2).

2) Abs. 2: vgl. §§ 605 Abs. 3 und 623 Anm. 1.

3) Abs. 3: — „falls aber — im Auslande ist" — In den hier hervorgehobenen Fällen würde es für den Entmündigten regelmäßig mit großen Weitläufigkeiten und Kosten verbunden sein, die Klage gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, bzw. gegen dessen Erben zu richten; an die Stelle desselben ist daher der Staatsanwalt gesetzt, gleichsam als Vertreter des Amtsgerichts, dessen im Offizialverfahren ergangener Beschluß angefochten wird. Vgl. § 626 Abs. 3.

4) Abs. 4: Das in § 605 Anm. 2 wegen der Rechtsmittel Gesagte gilt auch hier.

Nach dem deutlichen Wortlaute des Abs. 4 findet auch der — seinem Inhalte nach zudem hier völlig passende — Abs. 2 des § 613 entsprechende Anwendung (Gaupp III S. 83, Wilm.-Levy Anm. 3, Förster (Eccius) I § 26 Anm. 7, S. 157. A. M. Endemann III S. 72).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 20 Nr. 1.

§ 625.

Vgl. Preuß. ALR. I 5 § 17 (welcher als aufgehoben anzusehen ist; s. v. Bülow § 625 Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2. A. M. anscheinend Förster (Eccius) I § 26 S. 157), Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 § 84.

Durch den von § 619 Abs. 2 abweichenden Abs. 2, zufolge dessen der Beschluß sofort in Wirksamkeit tritt, ist ein erneuerter Antrag auf Entmündigung wegen Rückfalls in den früheren Zustand selbstverständlich nicht ausgeschlossen (Wilm. Levy a. a. O.).

§ 626.

Vgl. § 609 Anm. 1 u. 2, § 620 Abs. 3 u. 4, sowie Anm. 2 u. 3, § 624, GKG. § 20 Nr. 1, § 47 Nr. 9. Von dem im Abs. 4 nicht erwähnten § 613 ergeben sich die drei ersten Sätze aus

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§. 606, 608, 610, 611, 614, 615 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 1123. Entw. I. § 551. Entw. II. § 571. Entw. III. § 580. Mot. S. 374. Prot. S. 467.

§ 627. Die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung, sowie die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung ist von dem Amtsgericht öffentlich bekannt zu machen.

N. Entw. §§ 1120, 1121. Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 467, 468.

---

allgemeinen Grundsätzen; die übrigen Vorschriften sind unanwendbar (vgl. auch § 620 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Daude a. a. O. S. 142, 143).

Die Oeffentlichkeit ist hier durch GVG. § 172 Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Vgl. § 621 Anm. 4.

§ 627.

1) Die Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr aufgenommen worden. Die Art der öffentlichen Bekanntmachung richtet sich nach landesgesetzlichen Vorschriften (z. B. Preuß. AGO. I 38 §§ 26, 34) oder, wo solche fehlen, nach dem Ermessen des Gerichts. (So auch Seuffert Anm., Wilm. Levy Anm. 1, Sarwey II S. 69, Petersen § 627 Anm. u. A. A. M. Puchelt II S. 464 Anm. 3, welcher § 187 für analog anwendbar erklärt.)

Ueber die Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung im Verhältnisse zu Dritten s. § 623 Anm. 2. Die gemeinrechtliche Kontroverse (Windscheid, Pand. I § 71 Anm. 9 b) über die Wirkungen der Veröffentlichung ist weder durch § 623 Abs. 2 noch durch § 627 entschieden.

„Wiederaufhebung" umfaßt auch die Aufhebung durch Urtheil (§§ 624, 613).

2) Die nach manchen Landesgesetzen (z. B. Preuß. Vormundschaftsordn. vom 5. Juli 1875 § 85) vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung durch das Vormundschaftsgericht wird durch die nach § 627 erlassene Bekanntmachung seitens des die Entmündigung beschließenden oder wiederaufhebenden Amtsgerichts weder erübrigt noch beeinflußt (s. Anton, Vormundschaftsordn. 2. Aufl. 1879 S. 171).

Siebentes Buch.

Mahnverfahren.

§ 628. Wegen eines Anspruchs, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, ist auf Gesuch des Gläubigers ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen.

Siebentes Buch.

Mot. S. 375—379. Prot. S. 315—319.

1) Das Mahnverfahren, welches sich in verschiedenen Gestalten in fast allen deutschen Prozeßgesetzgebungen findet, ist dazu bestimmt, *unbestrittene* Ansprüche auf dem kürzesten und am wenigsten kostspieligen Wege zu erledigen. Das Wesen desselben besteht darin, daß auf einseitiges Gesuch des Gläubigers ein *bedingter Zahlungsbefehl* erlassen wird, welcher unter Umständen in ein *rechtskräftiges Urtheil* übergeht, nämlich in Ermangelung rechtzeitigen Widerspruchs (wodurch der Zahlungsbefehl seine Kraft verliert — § 635) die Kraft eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumung erlassenen Endurtheils erlangen kann (§§ 639, 640, 702 Nr. 4, 704 in Verbindung mit §§ 293, 303—311, 474). Die CPO. weicht in dieser Beziehung von den Hann. Gesetzen v. 27. Juli 1852 u. 31. März 1859, wonach die Vollstreckbarkeitserklärung des als einfache gerichtliche Mahnung mehr dem Gebiete der unstreitigen, als der streitigen Gerichtsbarkeit zufallenden Zahlungsbefehls nur Vollstreckbarkeit, *nicht materielle Rechtskraft* gewährt (s. Leonhardt, BPO. S. 628 ff.), wesentlich ab und nähert sich mehr dem sogenannten Bagatellmandatsprozeß des preuß. Rechts (Verordn. v. 21. Juli 1846 § 28, v. 21. Juli 1849 § 4, v. 21. Juni 1867 § 4) sowie den Vorschriften des württ. Ges. v. 13. November 1855 Art. 6, der Bayer. PO. Art. 553 ff., des österr. Ges. v. 27. April 1873 § 15 2c. Das Mahnverfahren gehört danach zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit (GVG. § 12), wenngleich § 638 erst nach erhobenem Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl von einem „*entstehenden Rechtsstreit*" redet.

„Nur die Wirkung einer judikatmäßigen Feststellung des Anspruchs mit allen Wirkungen der Rechtskraft kann das Bedürfniß ganz befriedigen. In Uebereinstimmung mit dem N. E. § 763 (Nordd. Prot. S. 1086, 1187) hat der Entwurf es daher geradezu ausgesprochen, daß das Mahnverfahren in seinem Endergebnisse zu einer definitiven (rechtskräftigen), nicht blos provisorischen (vollstreckbaren) Entscheidung über den Anspruch führt § 640 2c.)." —

„Auf der anderen Seite hielt der Entwurf im Widerspruche mit dem bisherigen preuß. Rechte dafür, daß die Kondemnation nicht bereits in dem Zahlungsbefehle erfolgen, sondern auf vorherigen Antrag durch einen besonderen richterlichen Akt ausgesprochen werden müsse, welcher materiell das Urtheil enthält, formell aber in dem einfachen Atteste der Vollstreckbarkeit sich darauf beschränkt, zu konstatiren, daß der Fall eingetreten ist, für welchen im Zahlungsbefehl die Zwangsvollstreckung angedroht worden. Bei dieser Konstruktion des Verfahrens, welche der Entwurf mit allen übrigen Gesetzeswerken — ausschließlich der preuß. Verordn., des sächs. Entw. und des österr. Ges. v. 27. April 1873 — theilt, wird einerseits das Bedenkliche vermieden, das Verfahren mit einem, wenn

Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

N. Entw. § 750. Entw. I. § 552. Entw. II. § 572. Entw. III. § 581. Mot. S. 377, 380, 381. Prot. S. 315—319.

---

auch bedingten, Endurtheile zu beginnen und die Feststellung der Existenz der Bedingung dem Gerichtsschreiber oder selbständigen Vollstreckungsbeamten zu überlassen, zum Andern der Anschluß an die Grundsätze des gemeinrechtlichen Prozesses über die Purifizirung des mandatum cum clausula und die accusatio contumaciae erreicht, vorzugsweise aber die Kongruenz mit denjenigen Vorschriften des Entwurfs gewahrt, wonach die totale Versäumung und der daraus resultirende, die ganze Sache ergreifende Versäumungsnachtheil nur auf Antrag und durch den Richter auszusprechen ist (§§ 209, 296, 299)." (Mot.)

(Ueber die Natur des Mahnverfahrens vgl. auch Drechsler im civ. Arch. 62 S. 419 ff.; David u. v. Zoeller in Puchelt, Zeitschr. für franz. Civ. R., XI S. 526 bzw. XII S. 185 ff. rechnen das Mahnverfahren nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des Code civ. art. 2123; gegen Letzteren s. Petersen das. XIII S. 385 ff. und gegen diesen abermals Zoeller: Der Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren usw. Zweibrücken 1881. S. 9 ff. Vgl. auch v. Völderndorff in Krit. Vierteljahrsschr. XXIII S. 268 ff.

Ueber den Prozeßgang s. H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 177 ff. Eine systematische Darstellung des Mahnverfahrens mit Beispielen giebt Goldenring in Busch, Zeitschr. I S. 449 ff. S. auch Hellmann, Lehrb. S. 924 ff., Wieding im Rechtslex. II S. 694 s. v. „Mahnverfahren".)

2) Das Mahnverfahren gehört zwar zur (sachlich ausschließlichen) Zuständigkeit der Amtsgerichte (§§ 629, 640) und unterliegt somit nicht dem Anwaltszwange (§ 74), ist aber nicht, wie früher in Preußen, Bayern usw., auf Gegenstände, welche der Zuständigkeit des Einzelrichters unterliegen, beschränkt.

3) Als eine für die Regelung des Verfahrens erhebliche Folgerung aus dem Grundgedanken des Mahnverfahrens, „einfache, weil unbestrittene Verhältnisse einfach zu behandeln", heben die Mot. u. A. hervor:

„Im Mahnverfahren ist kein Raum für eine Verhandlung, die vorkommenden Prozeßhandlungen (Zustellungen 2c.) geschehen nach den allgemeinen Grundsätzen.
Die §§ 628—643 setzen die Einführung eines Mahnregisters voraus."

und fügen hinzu:

„Dasselbe bildet die Gerichtsakten über sämmtliche Mahnverfahren bei den Gerichten, und die gerichtlichen Verfügungen konzentriren sich auf das dem Gläubiger zuzufertigende Original des Zahlungsbefehls. Die erforderlichen Anordnungen rein geschäftlicher Natur in Betreff der Einrichtung des Mahnregisters sind Sache der Justizverwaltung."

Vgl. Bayer. PO. Art. 568. Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren vor den Land- bezw. Amtsgerichten (Zweites Buch) sind nicht einmal subsidiär für anwendbar erklärt, was aber eine entsprechende Anwendung nicht unbedingt ausschließt (vgl. Wach I S. 279). Der Ausdruck „Mahnregister" kommt übrigens im Text des Gesetzes nicht vor. Vgl. wegen dessen Einrichtung in Preußen d. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsgerichte vom 1. Aug. 1879 § 22 (Anlage 1 z. JustMinBl. Nr. 32 von 1879 S. 13, 30, 31).

4) Auf das Mahnverfahren sind die Ferien ohne Einfluß (GVG. § 204).

5) Wegen der Gebühren s. GKG. § 37 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. § 38.

§ 628.

1) Abs. 1: „Wegen eines Anspruchs — zum Gegenstande hat" — Die gleichen Erfordernisse gelten im Urkundenprozesse (§ 555 Anm. 1). Auch hinsichtlich der alternativen Forderungen besteht kein Unterschied zwischen beiden Prozeßarten (vgl. Wilm. Levy Anm. 1,

---

Endemann III S. 78, Gaupp III S. 91, Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 628, 629 Nr. 1 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 598, Sarwey II S. 73 u. A.). Wie der Urkundenprozeß, ist das Mahnverfahren nicht auf persönliche Forderungen noch überhaupt nach dem Entstehungsgrunde oder nach der Höhe des Streitgegenstandes beschränkt (vgl. die allg. Bem. unter 2). Es ist daher z. B. nicht untauglich für die Hypothekarklage nach preuß. Recht (vgl. Mot. S. 377, Nordd. Prot. S. 1195, 1196, Seuffert a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O. A. M. Goldenring a. a. O. S. 461); die Androhung der Zwangsvollstreckung und die Vollstreckbarkeitserklärung ist hier auf das verpfändete Grundstück zu richten. Für Wechselansprüche ist das Mahnverfahren zulässig, aber wegen der Länge der Widerspruchsfrist wenig geeignet. „Liquidität" ist nicht erforderlich (A. M. Uebel II S. 115), wohl aber Fälligkeit (s. § 631 Anm. 1).

Vom Urkundenprozesse abweichende Anforderungen enthalten Abs. 2 u. § 631 Abs. 2.

2) — „ist auf Gesuch — zu erlassen" — Der Gläubiger hat (wie beim Urkundenprozesse) die Wahl zwischen dem ordentlichen Prozesse und dem Mahnverfahren. Er weiß am besten zu beurtheilen, ob er auf Widerspruch zu rechnen hat, und ob die Wahl des Mahnverfahrens daher nur verzögernd wirken würde. Da ein Widerspruch indessen immerhin möglich bleibt, wird sich eine Verurtheilung des Klägers in die Kosten nach § 87, weil er ohne Grund den kostspieligen Weg des ordentlichen Prozesses gewählt habe, nur selten begründen lassen. Gleichwohl sind dergleichen Fälle, z. B. bei Wiederholung gleichartiger Ansprüche, möglich, und ebenso kann unter Umständen ein Einschreiten gegen den Anwalt im ehrengerichtlichen Verfahren gerechtfertigt sein (vgl. auch Gaupp III S. 88. A. M.: Goldenring a. a. O. S. 454, Wilm.-Levy Anm. 3). Hinsichtlich des umgekehrten Falles s. § 638 Anm. 1.

Die Erlassung des (nur durch die Zulassung des Widerspruchs binnen 2 Wochen — §§ 632, 634) bedingten Zahlungsbefehls erfolgt auf einseitiges „Gesuch" (§ 630) nach vorgängiger Offizialprüfung (vgl. § 631), aber ohne Anhörung des Schuldners. Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht (§ 643).

3) Abs. 2: — „wenn — Gegenleistung abhängig ist" — Hierdurch werden (wegen der ihnen gewissermaßen anhaftenden Vermuthung des Streitigwerdens) Ansprüche aus zweiseitigen Rechtsverhältnissen zwar nicht ganz, aber doch soweit ausgeschlossen, als die Vorleistung nach Inhalt des Gesuchs noch nicht geschehen ist. Auch wenn also an sich nach den Grundsätzen des Civilrechts mit dem Anbieten zur Leistung auf Erfüllung Zug um Zug geklagt werden könnte, so kann doch (abweichend vom Urkundenprozesse — s. § 555 Anm. 2) ein Zahlungsbefehl mit dieser Beschränkung nicht erlassen werden (Nordd. Prot. S. 1196, 1254). Daß die Vorleistung erfolgt — nicht bloß angeboten — ist, muß sich aus dem Gesuche ergeben („nach Inhalt des Gesuchs"), d. h. das Gesuch muß die Behauptung enthalten, daß die Vorleistung geschehen sei, und das Gegentheil dieser Behauptung nicht erkennen lassen; ein Beweis ist nicht erforderlich (Sarwey II S. 73, Puchelt II S. 467, Wilm. Levy Anm. 5, Seuffert Anm. 2, jetzt auch Hellmann, Lehrb. S. 925 u. A. Die Mot. gebrauchen den Ausdruck: „die geschehene Vorleistung ersichtlich machen". Wenn übrigens auch der Ausdruck „Gegenleistung" nicht blos auf zweiseitige Verträge, von denen die Mot. allein reden, sich bezieht, so trifft das Erforderniß der Abhängigkeit von einer solchen doch keinenfalls für das Gebiet der bloßen actiones contrariae zu (welche Siebenhaar S. 599 hierher rechnet), weil es sich hier um Gegenleistungen des Klägers handelt, welche der Leistung des Schuldners nachzufolgen haben oder erst bei der Zwangsvollstreckung in Frage kommen, wie z. B. Rückgabe des Schuldscheins usw. [So auch Wilm. Levy a. a. O., Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 628, 629 Nr. 2, Gaupp III S. 93 u. A.]

4) — „oder wenn — müßte" — Diese Beschränkung beruht auf Rücksichten der Vereinfachung. Die beiden ausgeschlossenen Arten der Zustellung (§§ 182—189) würden nicht nur eine hier unangemessene Weitläufigkeit der Akte selbst, sondern auch eine Aenderung der gewöhn-

§ 629. Die Zahlungsbefehle werden von den Amtsgerichten erlassen.

Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche Gerichtsstand oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären.

N. Entw. § 751. Entw. I. § 553. Entw. II. § 573. Entw. III. § 582. Mot. S. 381. Prot. S. 316–320.

---

lichen Widerspruchsfrist erfordern. Stellt sich die Nothwendigkeit einer solchen Zustellung erst nach Erlaß des Zahlungsbefehls heraus, so kann das Mahnverfahren nicht fortgesetzt werden (Petersen §§ 628, 629 Nr. 3, Wilm. Levy Anm. 6, Seuffert Anm. 2, Gaupp III S. 94. A. M. Endemann III S. 82).

Andere Beschränkungen enthält § 631.

5) Die Verbindung mehrerer Ansprüche gegen denselben Schuldner in einem Gesuche und in einem Zahlungsbefehle (vgl. § 232) ist nicht ausgeschlossen. Ein Antrag, die Zulässigkeit (in einem Abs. 3) ausdrücklich festzusetzen, ist jedoch von der RTK. abgelehnt, nachdem der Zusatz von dem Regierungsvertreter und von anderer Seite als selbstverständlich bezeichnet worden war. Vgl. §§ 631 Anm. 2, 635 Anm. 1. Auch eine subjektive Häufung auf Grund der §§ 58, 59 (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 926, welcher von den Voraussetzungen der Streitgenossenschaft absehen will; vgl. dagegen Seuffert Anm. 3) ist zulässig (vgl. Preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsg. § 22 Abs. 8).

6) Wenn der Zahlungsbefehl erlassen wird, obwohl es an einer der Voraussetzungen des § 628 fehlt, so hat der Schuldner nur das Widerspruchsrecht (§ 634); macht er hiervon keinen Gebrauch, so ist nach § 639 der Vollstreckungsbefehl auf Gesuch des Gläubigers zu erlassen.

§ 629.

1) Abs. 1: Dieser Abs. erklärt die Amtsgerichte für sachlich allein zuständig zur Erlassung des Zahlungsbefehls — ohne Rücksicht auf Höhe und Qualität des Anspruchs — vgl. d. allg. Bem. unter 2.

2) Abs. 2 bestimmt, welches Amtsgericht im konkreten Falle zuständig ist.

— „der allgemeine persönliche Gerichtsstand" — ist der allgemeine Gerichtsstand der §§ 12—20. Die besonderen Gerichtsstände einschließlich derer der §§ 21 u. 22 sind ausgeschlossen (s. auch Sarwey II S. 74, Puchelt II S. 467, Seuffert Anm. u. A. A. M. Siebenhaar S. 600).

Nach den Entwürfen sollten lediglich die allgemeinen Regeln über die örtliche Zuständigkeit maßgebend sein. Die jetzige Gestalt hat die Vorschrift durch die RTK. auf Antrag der Abg. Bähr, Pfafferott und Struckmann erhalten, welche hervorhoben, daß die Rücksicht auf den Schuldner die fragliche Beschränkung erfordere und ein Bedürfniß zu weiterer Ausdehnung der Zuständigkeit nicht bestehe.

Die Anwendung der §§ 36, 37, 41—48 ist für das Mahnverfahren nicht ausgeschlossen (vgl. Goldenring a. a. O. S. 462 ff., Wilm. Levy Anm. 4).

3) Ist der dingliche Gerichtsstand begründet, oder würde er begründet sein, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären (vgl. § 2 Anm. 1; GVG. §§ 23, 70), so kann in diesem der Zahlungsbefehl erlassen werden. Die Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes (so: Fitting § 66 Anm. 4, S. 247, Goldenring a. a. O. S. 462; vgl. auch Endemann III S. 83, 84, Gaupp III S. 95, Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm.) kann aber — abgesehen von der hypothekarischen Klage des preußischen Rechts (vgl. § 628 Anm. 1) — hier schwerlich zur Geltung kommen, da die von § 25 betroffenen Ansprüche im Uebrigen nach § 628 nicht Gegenstand des Mahnverfahrens sein können. In den Fällen der §§ 26 und 27 konkurrirt auch für das Mahnverfahren der dingliche Gerichtsstand elektiv mit dem allgemeinen Gerichtsstande. (Vgl. auch Petersen §§ 628, 629 Nr. 4, Puchelt II S. 467, Hellmann II S. 588, v. Bülow Anm. 2. Unbeschränkte Konkurrenz des dinglichen mit dem

§ 630. Das Gesuch muß enthalten:
1. die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;
2. die Bezeichnung des Gerichts;
3. die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;
4. das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls.

N. Entw. § 752. Entw. I. § 554. Entw. II. § 574. Entw. III. § 583. Mot. S. 381. Prot. S. 320.

§ 631. Entspricht das Gesuch nicht den Bestimmungen der vorstehenden Paragraphen oder ergiebt sich aus dem Inhalte des Gesuchs, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist, so wird dasselbe zurückgewiesen.

---

persönlichen Gerichtsstande behauptet mit Unrecht Kleiner II S. 742; s. auch v. Sarwey II S. 75.)

4) Die richterliche Prüfung erstreckt sich auch auf die Zuständigkeit (s. § 631 Anm. 1). Hat ein unzuständiges Gericht den Zahlungsbefehl erlassen, so kann Beklagter nach erhobenem Widerspruch (§ 634) bzw. Einspruch (§ 640) den Einwand der Unzuständigkeit erheben (Siebenhaar S. 600 hält mit Unrecht den Zahlungsbefehl ipso iure für nichtig).

§ 630.

1) Das Gesuch (§ 628) kann mündlich (vgl. § 642) oder schriftlich ohne Anwaltszwang (s. d. allg. Bem. unter 2) bei dem Amtsgerichte angebracht werden. In ersterem Falle bedarf es keines Protokolls (vgl. Preuß. Gesch. Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 2). Die kategorischen („muß") Erfordernisse desselben entsprechen denen der Klage (§ 230) und stehen in Verbindung mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 633); vgl. auch § 632. (Die von Puchelt II S. 467 gerügte Unvereinbarkeit mit den §§ 642, 643 ist nicht erfindlich. Vgl. auch Sarwey II S. 75, Siebenhaar S. 601, Wilm. Levy Anm. 1 u. A., Preuß. Gesch. Ordn. a. a. O. Abs. 3.)

2) Nr. 1: — „der Parteien" — wie in § 230 Nr. 1 nur dieser, nicht auch, wie in § 121 Nr. 1, ihrer gesetzlichen Vertreter.

Nr. 3: Unter „Betrag" sc. der Geldsumme (§ 628) sind auch die Nebenansprüche an Zinsen, Kosten usw. (vgl. § 4) begriffen; dieselben sind also gleichfalls bestimmt anzugeben, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. auf Anfrage bestätigte. Sie sind ein „Theil" des Anspruchs im Sinne des § 635. Hinsichtlich der Zinsen s. § 632 Anm. 5.

„Gegenstandes" — sc. der anderen vertretbaren Sachen oder Werthpapiere (§ 628).

„Grund des Anspruchs" ist auch hier identisch mit „Klagegrund" (vgl. § 230 Anm. 4). Die Zeit der Entstehung des Anspruchs braucht nicht nothwendig (wie nach Bad. PO. § 639 ꝛc.) angegeben zu werden, wie auch die Mot. hervorheben. Inwiefern dieselbe zur gehörigen Individualisirung des Klagegrundes gehört, ist Sache des einzelnen Falles. [S. auch v. Kräwel in Busch, Zeitschr. III S. 475, 476, Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 189 ff., Petersen §§ 630, 631 Nr. 1. A. M. Siebenhaar S. 601. Das Formular bei Hacke, Form und Inhalt der Parteischriften S. 45 bezeichnet den Klagegrund nicht genügend („für käuflich gelieferten Roggen"). S. dagegen H. Meyer a. a. O. S. 178.] Zum Grunde des Anspruchs gehört auch die Aktivlegitimation (Siebenhaar S. 607, Gaupp III S. 96 ꝛc.).

3) Nr. 4: Diese Sachbitte ist entscheidend für die Ausübung des Wahlrechts (vgl. § 628 Anm. 2).

4) Ausländer haben vor Erlaß des Zahlungsbefehls Gerichtskostenvorschuß zu bestellen (GKG. § 85). § 160 findet keine Anwendung, da es an den Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 (gerichtliche Verhandlung oder Schriftsatz) fehlt (Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy § 631 Anm. 1).

Das Gesuch ist auch dann zurückzuweisen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Theils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.

Eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung findet nicht statt.

N. Entw. § 753. Entw. I. § 555. Entw. II. § 575. Entw. III. § 584. Mot. S. 381, 382. Prot. S. 320.

§ 632. Der Zahlungsbefehl enthält die im §. 630 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außerdem den Befehl an den Schuldner, binnen

---

§ 631.

1) Abs. 1: Die richterliche Offizialprüfung (vgl. § 628 Anm. 2) erstreckt sich — abgesehen von den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen (Seuffert Anm. 1, Goldenring a. a. O. S. 464, Hellmann, Lehrb. S. 927. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 97, welche deren Offizialprüfung ausschließen, obgleich Buch 1 und mithin auch u. A. die §§ 54, 84 auf das Mahnverfahren Anwendung finden) — auf die formalen Bedingungen des Mahnverfahrens einschließlich der Zuständigkeit (vgl. § 629 Anm. 4), über welche bei Bezeichnung des Beklagten oder des Klagegrundes die nöthigen Angaben, jedoch ohne Beweisantretung, zu machen sind, und der sonstigen Erfordernisse des Gesuchs, überdies aber auf die materielle Begründung des Anspruchs nach Maßgabe des Gesuchs. Die Abweisung per decretum, wie sie im schriftlichen Prozesse stattfindet, ist hier im vollen Umfange aufrechterhalten. Sie findet statt, auch wenn der Anspruch nur verfrüht (bedingt oder noch nicht fällig — „zur Zeit nicht begründet") ist. Zur Aufkündigung noch nicht fälliger Forderungen (Preuß. AGO. I 28 § 4 Nr. 1, § 7, Bad. PO. § 639 Nr. 2) kann das Mahnverfahren nicht gebraucht werden. (Vgl. auch Petersen §§ 630, 631 Nr. 2, Hellmann II S. 586 Anm. 1, Herbst in Gruchot, Beitr. XXVI S. 370 Anm. 20. A. M. Puchelt II S. 469, 470.)

Die zurückweisende „Verfügung", in welcher die Gründe kurz zu bezeichnen sind (Sarwey II S. 77. A. M. Seuffert Anm. 1b), ist dem Gläubiger von Amtswegen mitzutheilen. (S. auch Preuß. Gesch. Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 4, Gaupp III S. 98.) Die Zustellung (welche z. B. Fitting § 66 Anm. 8 u. Petersen §§ 630, 631 Nr. 3 fordern) ist nicht vorgeschrieben (vgl. § 633 Anm. 1). Eine mündliche Zurückweisung (Endemann III S. 88, Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 98) dürfte aber trotz der Unanfechtbarkeit der Verfügung nicht genügen.

2) Abs. 2: Die Mot. bemerken hierüber:

> „Die Entscheidung kann jedoch nicht theilweise nach dem Antrage und theilweise unter Zurückweisung des Antrags ausfallen. Durch eine theilweise Zurückweisung würde der Anspruch unter Umständen in zwei Prozesse zersplittern — deren einer durch das Mahnverfahren, der andere durch den ordentlichen Prozeß ohne Garantie für ein übereinstimmendes Resultat getrieben würde — bei gewissen Nebenforderungen sogar die weitere Verfolgung derselben gehindert werden (vgl. Preuß. ALR. I 11 §§ 845 ff.)."

— „eines Theils des Anspruchs" — z. B. einer Nebenforderung (vgl. § 635 Anm. 1). Anders, wenn mehrere Ansprüche (vgl. § 273) in einem Gesuche verbunden sind (§ 628 Anm. 5). Hier ist es vollkommen zulässig — wie auch die Mot. anerkennen — wegen eines Anspruchs den Zahlungsbefehl zu erlassen und das Gesuch wegen anderer Ansprüche zurückzuweisen.

Die Gebühren werden nur nach dem Werthe des Theils berechnet (GKG. § 37 Abs. 2).

3) Abs. 3: Die Anfechtung der Zurückweisung ist ausgeschlossen, weil die letztere einen Streit unter den Parteien erwarten läßt und dem Gläubiger der Weg der Klage immerhin offen bleibt (vgl. Hann. Prot. IX S. 3364 ff.). Ein vervollständigtes Gesuch ist als ein neues zu behandeln (s. auch Preuß. Gesch. Ordn. a. a. O. Abs. 6).

§ 632.

1) Der Inhalt des Zahlungsbefehls schließt sich dem des Gesuchs an; schon mit Rücksicht auf § 633. Ein Beispiel s. bei H. Meyer a. a. O. S. 178. Wegen genauer Be-

einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben.

N. Entw. § 754. Entw. I. § 556. Entw. II. § 576. Entw. III. § 585. Mot. S. 382, 383. Prot. S. 320, 321.

§ 633. Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein.

N. Entw. § 755. Entw. I. 557. Entw. II. § 577. Entw. III. § 586. Mot. S. 382, 383. Prot. S. 321.

---

zeichnung der Parteien s. Allg. Verfüg. d. preuß. Just.-Min. v. 17. Dez. 1883 (JMBl. S. 363). Auch wenn auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen zusammengefaßt sind, ist nur ein Zahlungsbefehl zu erlassen (s. Preuß. Gesch.Ordn. § 22 Abs. 8). Wegen der Zeit der Erlassung findet § 193 entsprechende Anwendung (Gaupp III S. 100).

2) — „binnen einer — Frist von zwei Wochen" — ungefähr die Hälfte der gewöhnlichen Einlassungsfrist (§ 234). Die Abkürzung der Frist (vgl. die preuß. Verordn. u. N. E.) ist nicht ausdrücklich gestattet, also, da die Frist eine gesetzliche, nicht zulässig (vgl. § 202 Abs. 2 a. E.). Die Mot. weisen darauf hin, daß für schleunige Fälle bei Anwendung der §§ 204, 459, 567, 650 das ordentliche Verfahren ausreiche (vgl. die allg. Bem. zum 5. Buch unter 1). Dagegen kann der Schuldner nach Erlassung des Zahlungsbefehls vor Ablauf der Frist rechtsgültig auf Erhebung des Widerspruchs verzichten (OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 38 Nr. 77). Ebensowenig darf der Richter nach § 202 Abs. 2 auf Antrag des einen oder anderen Theils die Frist verlängern. (Ebenso Endemann III S. 90, Petersen §§ 632, 633 Nr. 3, Gaupp III S. 100 u. A. A. M. Puchelt II S. 469, welcher mit Unrecht die Zustimmung des Beklagten präsumirt). Die Frist verlängert sich jedoch von selbst nach Maßgabe des § 634 Abs. 1. Die Frist ist keine Nothfrist (vgl. §§ 194 Anm. 2, 201 Anm. 4; GVG. § 204). Es ist also keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig. Vgl. übrigens §§ 640, 641.

3) — „bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung" — Diese Androhung „mahnt", wie die Mot. bemerken, „den Schuldner am eindringlichsten und so verständlich, daß er nicht erst Rechtsbelehrung zu suchen braucht, an die Folgen des Fristablaufs und steht nicht im Widerspruche mit dem Umstande, daß, bevor die Zwangsvollstreckung beginnen kann, noch das Urtheil in Gestalt des Vollstreckungsbefehls dazwischen treten muß", da letzterer ohne sachliche Prüfung ergehe.

4) — „nebst den — Kosten" — Diese Angabe ist erforderlich, damit alle weiteren Verhandlungen (Kostenfestsetzungsverfahren; vgl. §§ 98 ff.) erspart werden (vgl. § 639 Anm. 4). Die Gebühren betragen $^2/_{10}$ der vollen Gebühr. Die gerichtlichen (Gerichtsgebühr und Schreibgebühr) sind, wie gewöhnlich, von dem Gläubiger vorzuschießen (GKG. §§ 37 [in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881], 39, 81). Zu den Kosten gehört auch die Gebühr für die Zustellung (vgl. § 633 Anm. 1, GO. f. GV. §§ 2 [in der Fassung des Ges. vom 29. Juni 1881], 13). Daß auch die Anwaltskosten (s. GO. f. RA. § 38) stets zu erstatten sind, ergiebt § 87 Abs. 2. Auch sie können gleichwie die Gebühren anderer Prozeßbevollmächtigten sogleich in den Zahlungsbefehl aufgenommen werden. (So auch Wilm. Levy Anm. 3, Petersen §§ 632, 633 Nr. 1 u. A.) Wegen der Kosten des Vollstreckungsbefehls s. § 639.

5) — „und den geforderten Zinsen" — Diese sind nach dem Anfangstermine und dem Zinsfuße zu fixiren; der Endtermin wird nur dann anzugeben sein, wenn derselbe nicht mit dem Tage der Zahlung des Kapitals zusammenfällt.

§ 633.

1) Der Gläubiger erhält keine besondere Benachrichtigung (wie nach Preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 28 ꝛc.). Es ist seine Sache, sich den ausgefertigten Zahlungsbefehl

(die Urschrift) auf der Gerichtsschreiberei abzuholen (wie die zur Terminsbestimmung eingereichte Klage — vgl. § 193 Anm. 1), sofern er nicht die Uebersendung durch die Post ausdrücklich gewünscht hat. [Vgl. auch Petersen §§ 632, 633 Nr. 3, Seuffert Anm. 1, Hellmann II S. 590, v. Bülow Anm. 2, Gaupp III S. 98, 101, Wilm. Levy Anm. 1, Goldenring a. a. O. S. 475, Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. VII S. 418 ff., Fitting das. X S. 12 Anm. 36 u. A. S. noch Preuß. Gesch.Ordn. § 22 Abs. 4. Eine Zustellung von Amtswegen (Endemann III S. 91, Fitting § 66 Anm. 10, Kleiner II S. 747, Sarwey II S. 78) läßt sich aus § 294 Abs. 3 nicht begründen, da diese Bestimmung für das Mahnverfahren nirgends eingeführt ist und dahin führen müßte, auch dem Schuldner von Amtswegen zustellen zu lassen, was überdies den Mot. geradezu widerspricht.] Der Gläubiger hat sodann, wie auch die Mot. ausdrücklich hervorheben, nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 152, 154 ff.) im Parteibetriebe die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Zahlungsbefehls ohne das Gesuch (§ 642; anders Bayer. PO. Art. 557) an den Schuldner zu bewirken.

Nach § 152 kann der Gläubiger aber auch sogleich bei Einreichung des Gesuchs um Erlassung des Zahlungsbefehls den Gerichtsschreiber mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner beauftragen; ja, dies ist, wenn der Gläubiger sich die Zustellung nicht vorbehält, nach § 154 zu vermuthen. In diesem Falle bedarf es einer vorherigen Mittheilung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger nicht. Letzterer erhält ihn mit der Zustellungsurkunde durch den Gerichtsvollzieher (§ 173). [So auch Puchelt II S. 470, Fitting, v. Bülow, Seuffert a. a. O., Goldenring a. a. O. S. 476 u. A.]

Der Wiedereinreichung des Zahlungsbefehls bedarf es zur Erlassung des Vollstreckungsbefehls (§ 639 Abs. 1 Satz 2).

2) Da der Zahlungsbefehl den wesentlichen Inhalt des Gesuchs in sich aufnimmt (§ 632), so enthält die Zustellung des Zahlungsbefehls der Sache nach die der Klage und begründet somit die Rechtshängigkeit (vgl. §§ 230 Anm. 1, 235 Anm. 1, 239 Anm. 1, 460, 461 Abs. 2). Dies ist auch dann unbedenklich, wenn das Gesuch nur mündlich angebracht ist, da dessen Inhalt dennoch durch das Mahnregister (s. d. allg. Bem. z. 7. Buch unter 3) und den Zahlungsbefehl festgestellt wird. Die Wirkung auf die prozessualen Folgen der Rechtshängigkeit zu beschränken (Aschrott in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 644 u. A.), ist kein genügender Grund (s. § 239). Eine andere Frage ist es, ob zu den materiellen Wirkungen die Unterbrechung der Verjährung gehört (was Aschrott mit Unrecht verneint). [Vgl. § 637 Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 929, Bolze im civ. Arch. 68 S. 1 ff.] Wegen der Widerklage s. § 636 Anm. 3. Wegen Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls s. E. G. z. CPO. § 13 Anm. 9.

Vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls bzw. bis zum Beginn der auf erhobenen Widerspruch oder Einspruch (§§ 634, 640) anberaumten mündlichen Verhandlung (vgl. § 636) kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 243) das Gesuch ohne Einwilligung des Beklagten durch Zustellung eines Schriftsatzes zurückgenommen und damit die eingetretene Rechtshängigkeit wiederum beseitigt werden. (Ebenso Petersen §§ 632, 633 Nr. 4 a. E., Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 78, Gaupp III S. 102, Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 272 u. A.) Fälle einer stillschweigenden (fingirten) Zurücknahme s. in den §§ 637, 640, 641.

3) Die Bestimmungen über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 217 ff.) finden auch auf das Mahnverfahren Anwendung, mag der Unterbrechungsgrund auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners liegen, nicht minder die über Aufnahme des Verfahrens, wiewohl die Ladung des Rechtsnachfolgers zur Aufnahme für das Mahnverfahren nicht recht paßt. (So auch Goldenring a. a. O. S. 467, Wilm. Levy § 632 Anm. 2, Seuffert § 632 Anm. 2. A. M.: früh. Aufl. u. Gaupp III S. 102, 111, welche einen neuen Zahlungsbefehl für nöthig erachten, wodurch der Gläubiger jedoch die unter Umständen für die Fortdauer seines Anspruchs entscheidende, durch den (ersten) Zahlungsbefehl eingetretene Unterbrechung der Verjährung sammt den sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit verlieren würde.) Vgl. § 639 Anm. 4.

§ 634. Der Schuldner kann gegen den Anspruch oder einen Theil desselben Widerspruch erheben, so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntniß zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

N. Entw. §§ 756, 757. Entw. I. § 558. Entw. II. § 578. Entw. III. § 587. Mot. S. 383, 384. Prot. S. 316, 321–327.

§ 634.

1) Abs. 1: Die Mot. bemerken:

„Die Erhebung des Widerspruchs ist formlos (§ 642); sie soll nach der Absicht des Entwurfs bei dem Gerichte erfolgen, da dieses über die Vollstreckbarkeit zu befinden hat (Hann. Ges. § 5, H. E. § 503, Bayer. PO. Art. 558, Oesterr. Ges. § 7)."

Es genügt die schriftliche oder mündliche (z. B. am ordentlichen Gerichtstage vorgetragene — § 461) Erklärung, daß Widerspruch gegen den Anspruch oder einen Theil desselben erhoben werde; eine Begründung ist nutzlos. Sie kann persönlich oder durch einen Vertreter (ohne Vollmacht; vgl. § 643) angebracht werden. Daß die Widerspruchserklärung nicht dem Gegner zuzustellen ist, sondern bei dem Amtsgerichte angebracht werden muß, ergiebt, abgesehen von den Mot., Abs. 2. (Ebenso Petersen §§ 634—638 I 2, Endemann II S. 92 u. A. A. M. Puchelt II S. 472.) Die Gerichtsschreiberei gilt auch in dieser Beziehung als Organ des Gerichts. Ein Protokoll wird in der Regel nicht aufgenommen (Preuß. Gesch.Ordn. § 22 Abs. 2). Dagegen erfolgt die Eintragung des rechtzeitigen Widerspruchs in das Mahnregister. — Auf den Widerspruch kann wirksam verzichtet werden (OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 38 Nr. 77). Wegen der Zurücknahme s. § 635 Anm. 3.

2) — „so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist" — Der Ablauf der Frist (§ 632) allein wirkt noch nicht präklusivisch (anders nach den preuß. Verordn.); sondern es muß hierzu noch die auf Antrag des Klägers erlassene Vollstreckbarkeitserklärung (§ 639) — nicht blos der Antrag auf solche — hinzutreten. Die Versäumung der Frist kann also in ihren Folgen durch einfache Nachbringung des Widerspruchs beseitigt werden, so lange noch vollkommen res integra ist. Dieses System hängt mit der Zulassung des Einspruchs nach § 640 zusammen; vgl. auch § 209 Anm. 2.

Auf die Zustellung des Vollstreckungsbefehls kommt es hier nicht an („verfügt"). Ein in der RTK. gestellter Antrag, statt „verfügt" zu setzen: „zugestellt", wurde später zurückgezogen. Es entscheidet also die Unterschrift des Amtsrichters (§ 286 Abs. 1). [Vgl. auch Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 5 Anm. 14 u. A.]

Der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl (§ 640) ist schon vor der Zustellung des letzteren zulässig (s. § 304 Anm. 1).

3) Abs. 2: Die Bestimmung beruht hauptsächlich darauf, daß das Verfahren nicht ex officio in den Prozeß hinübergeleitet wird (vgl. §§ 639, 640). Der Gläubiger braucht sich somit nicht zur Einsicht des Widerspruchs oder des Nachweises desselben auf die Gerichtsschreiberei zu begeben (wie nach Bayer. PO. Art. 558). Er kann abwarten, bis ihm seitens des Gerichts Nachricht zugeht. Die Benachrichtigung erfolgt durch ein von Amtswegen zuzustellendes Schreiben (des Gerichtsschreibers — s. Preuß. Gesch.Ordn. § 22 Abs. 3), wozu Formulare benutzt werden können, während die Bescheinigung an den Schuldner nur auf (schriftliches oder mündliches) Verlangen vom Amtsgerichte (nach d. Preuß. Gesch.Ordn. a. a. O. dem Gerichtsschreiber) ertheilt wird. Gegen die Versagung ist Beschwerde nach § 530 zulässig. Abschrift des Widerspruchs wird nicht mitgetheilt (§ 642).

4) Abs. 3: Die Erlassung und Mittheilung eines zurückweisenden Bescheides ist entbehrlich, weil dieselbe in der Zustellung des Vollstreckungsbefehls enthalten ist (Hann. Prot. IX S. 3317, 3319).

§ 635. Durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen den Anspruch oder einen Theil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

N. Entw. § 758. Entw. I. § 559. Entw. II. § 579. Entw. III. § 588. Mot. S. 383, 384. Prot. S. 324.

§ 636. Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgericht erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.

Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage.

N. Entw. § 759. Entw. I. § 560. Entw. II. § 580. Entw. III. § 589. Mot. S. 383, 384. Prot. S. 316, 321–324.

---

§ 635.

1) — „oder einen Theil desselben" — vgl. § 631 Abs. 2. Auch hier liegt die Sache anders, wenn der Zahlungsbefehl wegen mehrerer selbständigen Ansprüche erlassen ist. In diesem Falle verliert derselbe durch den Widerspruch gegen einen Anspruch nicht seine Kraft bezüglich der übrigen (Bayer. PO. Art. 560; anders Norbd. Prot. S. 1207); ebenso bei subjektiver Klagenhäufung, wenn nur von einem Schuldner bzw. gegen den Anspruch eines Gläubigers Widerspruch erhoben wird — sofern nicht der Fall des § 59 vorliegt. Dagegen fällt es unter § 635, wenn gegen die mitgeforderten Zinsen allein Widerspruch erhoben wird, da unter „Anspruch" hier der Anspruch in seiner Totalität einschließlich der Nebenansprüche (§ 630 Anm. 2) zu verstehen ist (wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. auf Anfrage bemerkte).

2) Durch Satz 2 wird Satz 1 erheblich modificirt. Die Mot. bemerken:

> „Nur die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 235 ff., 239) können und müssen bestehen bleiben, da das Aufhören der Rechtshängigkeit in Folge willkürlichen Widerspruchs die Anwendbarkeit des Verfahrens, insbesondere zur schleunigen Unterbrechung einer drohenden Verjährung aufs Höchste beeinträchtigen würde (Bayer. PO. Art. 559, Bad. PO. § 643, H. E. § 503, Hann. Prot. XVI S. 6080 ff., N. E. § 758)."

Ueber die weitere prozessualische Gestaltung vgl. §§ 636, 637.

3) Die Zurücknahme des Widerspruchs ist unwirksam (s. Gaupp III S. 104, Wilm.-Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3. A. M. Hellmann II S. 595).

§ 636.

1) Das Verfahren nach rechtzeitig erhobenem Widerspruche ist verschieden, je nachdem die Sache nach allgemeinen Grundsätzen (s. § 1 Anm. 1) vor die Amtsgerichte oder vor die Landgerichte gehört. In dem ersteren Falle (GVG. § 23) bleibt der Prozeß bei demselben Amtsgerichte, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat, anhängig. War dasselbe zur Erlassung nicht nach § 629 Abs. 2 zuständig, so kann der Beklagte in dem Nachverfahren den Einwand der Unzuständigkeit erheben — von Amtswegen ist die Zuständigkeit für die Verhandlung der Klage nicht zu prüfen (Seuffert Anm. 2) —; dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen der Zuständigkeit zur Zeit des Widerspruchs nicht mehr vorliegen, wie es andrerseits nicht genügt, wenn das Gericht zwar nach den §§ 12 ff., aber nicht nach § 629 Abs. 2 zuständig war (vgl. auch Gaupp III S. 105, Wilm. Levy Anm. 2).

Das Mahnverfahren geht somit unmittelbar in das ordentliche Verfahren (§§ 456 ff.) über. Der Zahlungsbefehl ersetzt hier die Klage und bildet die Grundlage für das weitere Verfahren. Der Gläubiger ist nun auch nicht mehr befugt, einseitig die Klage zu ändern (§ 235 Nr. 3). Wegen des Klagegrundes s. § 630 Anm. 2. (Vgl. Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 281, Petersen §§ 634–638 III 2, Seuffert § 637 Anm. 7 a. E. u. A.)

2) Abs. 2: Die Bestimmung ersetzt den im Zahlungsbefehl fehlenden Bestandtheil der Klage

§ 637. Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit, wenn nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs läuft, die Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben wird.

N. Entw. § 760. Entw. I. § 561. Entw. II. § 581. Entw. III. § 590. Mot. S. 383—385. Prot. S. 316, 324.

(§ 230 Nr. 3) und sichert die Durchführung des Abs. 1, indem es danach auch ohne Zuthun des Gläubigers zum Verhandlungstermine kommen kann. Dasselbe Resultat würde allerdings auch dann erreicht, wenn das Gericht von Amtswegen lübe (vgl. z. B. Hann. Ges. § 5 Abs. 2). Wie sich indessen bereits die Entwürfe aus Zweckmäßigkeitsgründen (vgl. Hann. Prot. IX S. 3316 ff., 3345 ff., XVI S. 6071 ff.) und in Uebereinstimmung mit dem Grundsatze des § 191 für die Partei-Ladung entschieden haben, so hat auch die RTK. Anträge, wonach unter Streichung von §§ 637, 638 Abs. 2 die Sache in allen Fällen bei dem in Abs. 1 bezeichneten Amtsgerichte verhandelt werden und dieses den Verhandlungstermin bestimmen, der Gerichtsschreiber aber für die Zustellung der Terminsverfügung sorgen sollte, abgelehnt.

Die dreitägige Ladungsfrist entspricht den §§ 194, 459. Ladet keine Partei, so ruht das Verfahren (vgl. § 228).

3) Beklagter kann nunmehr auch eine Widerklage anstellen, im Falle des § 637 erst nach erhobener Klage (s. Nordd. Prot. S. 1198). Vorher ist dies trotz §§ 633 und 235 nicht möglich, weil eine eigentliche Klage (§ 33) nicht vorhanden ist (vgl. Seuffert § 633 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 4).

§ 637.

1) Zur Vermeidung geschäftlicher Schwierigkeiten, ferner behufs Sicherung einer gründlicheren Vorbereitung, endlich mit Rücksicht auf den Anwaltszwang ist hier in den zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Sachen (GVG. § 70) — abweichend von § 636 — die Erhebung einer förmlichen Klage bei dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichte erfordert; der Kläger kann also auch einen der in den §§ 21—23, 28 ff. bezeichneten Gerichtsstände wählen (vgl. OLG. Naumburg in Busch, Zeitschr. IX S. 482); auch der vereinbarte Gerichtsstand (§§ 38 ff.) ist nicht ausgeschlossen. Eine Veränderung der die Zuständigkeit begründenden Umstände nach der Zustellung des Zahlungsbefehls kommt aber nicht in Betracht (§§ 235 Nr. 2, 635; vgl. Seuffert Anm. 7, Petersen §§ 634—638 III 2, Hellmann II S. 593 u. Lehrb. S. 930 u. A.).

Während ferner für die Zulässigkeit der in § 636 Abs. 2 bezeichneten Ladung eine Frist nicht bestimmt ist, wird die Erhebung der in § 637 gedachten Klage an eine besondere sechsmonatige Verjährungsfrist — von der in § 634 Abs. 2 vorgeschriebenen Benachrichtigung ab laufend — geknüpft, mit deren Ablauf die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen (eine Art péremtion d'instance; vgl. § 228 Anm. 6). S. auch §§ 640, 641. Ueber die Bedeutung des Erlöschens vgl. §§ 243 Anm. 6, 638 Abs. 2. Dasselbe umfaßt auch die civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit (vgl. §§ 239, 633 Anm. 1; Goldenring a. a. O. S. 479, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert a. a. O., Gaupp III S. 107, Hellmann, Lehrb. S. 929, Förster (Eccius) I § 57 S. 349 u. A. A. M.: Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 270, Dernburg I S. 396 Anm. 20, Aschrott in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 618 ff., 649 ff.). Während des Laufs der Frist bleiben alle, nicht blos die civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen (Sarwey II S. 81, 82, Gaupp III S. 106, 107 u. A.). Die Frist wird nach § 201 durch die Gerichtsferien gehemmt (OLG. Dresden in Busch Zeitschr. VI S. 513, Alexander-Katz das. VII S. 507 Anm. 23, Schwalbach im civ. Arch. 66 S. 266).

2) Wird innerhalb der Frist bei einem unzuständigen Gerichte geklagt, kommt aber der Prozeß daselbst dennoch (vermöge Versäumung, Verzichts usw.) nach Ablauf der Frist zu Stande, so treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit erst mit der wirklichen Klagerhebung ein

§ 638. Die Kosten des Mahnverfahrens sind im Falle der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs als ein Theil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen.

Wird im Falle des §. 637 die Klage nicht binnen der bestimmten Frist erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen.

N. Entw. § 761. Entw. I. § 562. Entw. II. § 582. Entw. III. § 591. Mot. — Prot. S. 316, 324.

§ 639. Der Zahlungsbefehl ist nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern nicht vor der Vollstreckbarkeitserklärung von dem Schuldner Widerspruch erhoben ist. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl. In den Vollstreckungsbefehl sind die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch des Gläubigers zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. § 762. Entw. I. § 563. Entw. II. § 583. Entw. III. § 592. Mot. S. 378, 379, 385, 386. Prot. S. 324.

(s. Schwalbach a. a. O. S. 270, 271, Endemann III S. 96, 97. A. M. Birkmeyer in Busch, Zeitschr. V S. 165).

3) Die Klage kann in Gemäßheit der §§ 555, 556 auch im Urkundenprozeß erhoben werden.

§ 638.

1) Die Bestimmung des Abs. 1 ist von besonderer Bedeutung im Falle des § 637, da hier ein formell gesonderter Prozeß vorliegt. Es wird alsdann über die Kosten des Mahnverfahrens und des Rechtsstreits zusammen nach § 87 entschieden. Dazu bedarf es keines besonderen Antrags, und die Verurtheilung in die Kosten des Prozesses umfaßt von selbst die des Mahnverfahrens, so daß letztere im Kostenfestsetzungsverfahren (§ 98) mitliquidirt werden können. (So auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 536, Petersen §§ 634—638 III 3, Gaupp III S. 109 u. A.) Konnte Kläger von vornherein Streit erwarten, so werden ihm in Anwendung des § 87 die Kosten des Mahnverfahrens zur Last zu legen sein (umgekehrt wie in dem § 628 Anm. 2 berührten Falle). Zu den Kosten des Mahnverfahrens gehören auch die des Widerspruchs. (A. M. auch hier: Wilm. Levy Anm. 1, Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren S. 14.)

2) Abs. 2 erscheint gewissermaßen nur als eine Anwendung jenes Grundsatzes (s. Anm. 1) in Verbindung mit § 243 Abs. 3. Der Schuldner kann zur Erwirkung eines vollstreckbaren Titels (§ 98) einen Zahlungsbefehl nachsuchen oder den Gläubiger vor das Amtsgericht nach § 636 laden (s. Gaupp II S. 109, Seuffert Anm. 2 u. A.).

3) Wegen der Gerichtsgebühren s. GKG. § 37 (Abs. 3 in der Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881), wegen der Anwaltsgebühren GO. f. RA. § 38.

§ 639.

1) Abs. 1: Vgl. die allg. Bem. zum 7. Buch unter 1. Das bedingte Urtheil, welches in dem erst nach sachlicher Prüfung ergehenden (§ 631 Anm. 1) Zahlungsbefehl enthalten ist, bedarf gewissermaßen noch der Purifizirung. Diese gewährt die von demselben Gerichte, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat, ohne mündliche Verhandlung zu erlassende Vollstreckbarkeitserklärung. Dieselbe darf nicht aus dem Grunde versagt werden, weil der Richter jetzt den Anspruch für sachlich unbegründet oder die Voraussetzungen des Mahnverfahrens nicht für vorhanden erachtet. Die richterliche Kognition beschränkt sich vielmehr, wie die Mot. hervorheben, auf die Feststellung der formellen Voraussetzungen für den Erlaß des Urtheils — der Zustellung des Zahlungsbefehls und des unterbliebenen Widerspruchs — von denen die erste durch die Zustellungsurkunde, die letzte durch das Mahnregister nachgewiesen wird. Vgl. jedoch auch § 643.

2) — „nach Ablauf der darin bestimmten Frist — Widerspruch erhoben ist“ — vgl. §§ 632 Anm. 2, 634 Anm. 2.

3) — „auf Gesuch des Gläubigers“ — Dieser muß sich also von neuem an das Gericht wenden. Das Gesuch ist formlos (§ 642). Ein Vertreter bedarf aber der Vollmacht (anders als in den in § 643 bezeichneten Fällen). Mit dem Gesuche hat der Gläubiger die Ausfertigung des Zahlungsbefehls, mit der Zustellungsurkunde verbunden (§ 173), einzureichen. Das Gesuch wird dem Schuldner nicht mitgetheilt (§ 642). Letzterer wird überhaupt nicht mehr gehört. Ein vor Ablauf der Frist gestelltes Gesuch ist nicht zu beachten.

4) Der Inhalt der Vollstreckbarkeitserklärung, welche sachlich ein Urtheil ist (vgl. Anm. 1), besteht darin, daß der Zahlungsbefehl vorläufig vollstreckbar sei (vgl. § 644; Ausnahme in § 657; Bayer. PO. § 562 Abs. 2 rc.). Darnach ist eine Vollstreckbarkeitserklärung nur bezüglich des in den Zahlungsbefehl nach § 632 aufgenommenen „Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen“ und lediglich in Verbindung damit auch bezüglich weiterer Kosten zulässig, wogegen sie wegen letzterer allein nicht erlassen werden kann (Jastrow in Busch, Zeitschr. IX S. 401 ff. A. M. die dort mitgetheilten Urtheile). Der Form nach ergebt sie als ein auf die Ausfertigung des Zahlungsbefehls gesetztes Dekret („Vollstreckungsbefehl“ — § 702 Nr. 4), wodurch gleichzeitig mit Ausnahme des Falls, wenn nach Erlassung des letzteren eine Rechtsnachfolge eingetreten ist, die besondere „Vollstreckungsklausel“ (§§ 662, 663) entbehrlich wird (§ 704 Abs. 1).

Ist inzwischen eine Rechtsnachfolge eingetreten, so finden die Vorschriften über die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens (§ 227) auch hier Anwendung (vgl. § 633 Anm. 3; Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 2, Jastrow in Busch, Zeitschr. VII S. 560. A. M.: Petersen §§ 639—641 I 2, Sarwey II S. 83 Anm. 3, Hellmann II S. 595, Gaupp III S. 111, welche den Erlaß eines neuen Zahlungsbefehls für nothwendig halten; Goldenring a. a. O. S. 488, welcher die §§ 665—667 für anwendbar erachtet).

Das Nähere darüber, wie die Ertheilung des Vollstreckungsbefehls aktenmäßig konstatirt wird, bestimmen die Vorschriften über das Mahnregister (vgl. die allgem. Bem. z. 7. Buche unter 3).

5) Satz 3 setzt voraus, daß der Schuldner die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen hat, was dem § 87 entspricht. Er macht das Festsetzungsverfahren (§ 98) entbehrlich. Vgl. § 632 Anm. 4, GKG. § 86.

6) Der Vollstreckungsbefehl ist von dem Gläubiger in derselben Weise auszunehmen bzw. ihm bekannt zu machen, wie der Zahlungsbefehl; eine Zustellung von Amtswegen findet nicht statt (vgl. § 633 Anm. 1). [So auch Seuffert Anm. 5, Petersen §§ 639—641 I 2, Gaupp III S. 111, 112, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M.: Sarwey II S. 83 Anm. 2, Endemann III S. 100, Kleiner II S. 755, Puchelt II S. 476, Hellmann, Lehrb. S. 932.] Die den Vollstreckungsbefehl ablehnende Verfügung, welche nebst Gründen ebenfalls auf den Zahlungsbefehl gesetzt werden kann (Bayer. PO. Art. 562 Abs. 1), ist dem Gläubiger von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3; anders als in dem Falle § 631 Anm. 1), da hier die sofortige Beschwerde stattfindet (Abs. 2), welche durch Zustellung in Lauf gesetzt werden muß. [So auch Seuffert Anm. 8, Puchelt II S. 477, Gaupp III S. 113, Fitting § 66 Anm. 22, Hellmann a. a. O. u. A.]

Die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner bewirken zu lassen, ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 288) Sache des Gläubigers (anders Bad. PO. § 641). Jedoch kann auch hier der Gläubiger sogleich bei Einreichung des Gesuchs um Vollstreckbarkeitserklärung den Gerichtsschreiber ausdrücklich oder stillschweigend mit der Zustellung des Vollstreckungsbefehls beauftragen (vgl. § 633 Anm. 1). Die Zustellungsarten der §§ 187 ff. sind hier nicht ausgeschlossen. Gleichzeitig mit der Zustellung kann die Vollstreckung beginnen (§ 671 Anm. 1). Wegen der Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, s. § 704 Abs. 2.

§ 640. Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumniß erlassenen Endurtheile gleich. Gegen denselben findet der Einspruch nach den Vorschriften der §§. 303—311 statt. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so wird bei dem Amtsgerichte nur darüber verhandelt und entschieden, ob der Einspruch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Die im §. 637 bestimmte Frist beginnt in diesem Falle mit der Rechtskraft des Urtheils, durch welches der Einspruch für zulässig erklärt ist.

N. Entw. § 763. Entw. I. § 564. Entw. II. § 584. Entw. III. § 593. Mot. S. 378, 379, 386. Prot. S. 316, 324–327.

---

7) Abs. 2: Anders als in § 631 Abs. 3 ist hier eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung gestattet — und zwar, da die Verweigerung nicht blos sachlich die Verweigerung der Urtheilsfällung (vgl. §§ 300, 301), sondern auch die der Vollstreckungsklausel enthält, in eb ereinstimmung mit § 701 in Gestalt der sofortigen Beschwerde (§ 540). Wegen der Wirkung der Zurückweisung vgl. § 641 Satz 2. Ist die Zurückweisung nur „zur Zeit" erfolgt, weil die Zustellung fehlte oder die Frist nicht abgelaufen war, so ist auch eine einfache Erneuerung des Gesuchs nach Beseitigung des Hindernisses möglich (Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 639—641 I 3, Altvater im civ. Arch. 64 S. 417 u. A. A. M. Hellmann II S. 595). Vgl. § 641 Anm. 2.

8) Hat der Gläubiger den Zahlungsbefehl verloren, so muß er, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, unter Zurücknahme des früheren Gesuchs den Erlaß eines neuen Zahlungsbefehls beantragen; dies gilt auch, wenn der Vollstreckungsbefehl bereits ertheilt war (vgl. Ewiklinski in Gruchot, Beitr. XXV S. 685 ff.).

§ 640.

1) Dem Zweck des Mahnverfahrens entsprechend, ist der Vollstreckungsbefehl als Endurtheil behandelt, und zwar, da er wesentlich auf Versäumung der Gelegenheit zur Vertheidigung beruht, als Versäumnißurtheil (vgl. die allg. Bem. zum 7. Buch unter 1). Hieran knüpft sich nicht blos die Zulassung der Zwangsvollstreckung (vorläufige Vollstreckbarkeit), welche schon in § 639 enthalten ist, sondern namentlich auch die Wirkung der materiellen und formellen Rechtskraft.

Ueber die Frage, ob der Vollstreckungsbefehl gerichtliche Hypothek nach Code civ. art. 2123 begründe, s. die oben S. 682 angef. Abhandlungen u. Petersen §§ 639—641 II 1 a. E.; so auch Bad. AG. z. CPO. § 26. Nach preuß. Recht wird nur eine Vormerkung einzutragen sein, wie aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheil (s. Ges. v. 9. März 1879 § 22 Abs. 3 — Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 290; Dernburg I S. 788 Anm. 7).

Mehr in das Gebiet der Zweckmäßigkeit gehört die Frage, ob die Rechtskraft schon mit dem Zeitpunkte der Erlassung des Vollstreckungsbefehls oder erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, von diesem Zeitpunkte ab gerechnet, eintreten soll, eine Frage, welche wiederum mit derjenigen zusammenhängt, welche Rechtsbehelfe gegen den Vollstreckungsbefehl gestattet werden. Die CPO. hat sich in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Versäumnißverfahrens (vgl. auch N. E. § 760, Bad. PO. § 642 ꝛc.) gegen den sofortigen Eintritt der Rechtskraft und für das gewöhnliche Mittel des Einspruchs entschieden. Ein Antrag, welcher das (dem Entw. I, dem Hann. Ges. §§ 7, 10, d. Bayer. PO. Art. 565 ꝛc. zu Grunde liegende) strengere System zur Geltung zu bringen suchte, indem er nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 211) zulassen wollte, erlangte ebensowenig die Mehrheit der RTK. als der, die Einspruchsfrist anstatt von der Zustellung, welcher es gar nicht bedürfe, vom Tage der Pfändung ab laufen zu lassen. — Ein Vertreter bedarf der Vollmacht (anders in den Fällen des § 643).

Berufung (von Revision kann nicht die Rede sein) gegen den Vollstreckungsbefehl ist nicht zulässig (§ 474), wohl aber die Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 547 Abs. 2).

2) Nach den Entwürfen sollte schon der Einspruch, wenn der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte gehört, bei dem zuständigen Landgerichte eingelegt werden. Auf Antrag des Abg. Wolffson erhielt indessen der dritte Satz seine jetzige Gestalt (vgl. R. E. § 763), nachdem der Antragsteller hervorgehoben hatte, daß es nicht selten zweifelhaft sein werde, ob eine Sache zum Amts- oder zum Landgerichte gehöre, und daß derjenige, welcher aus Irrthum den Einspruch bei dem unrechten Gerichte einlege, seines Rechtes verlustig gehe, eine Ueberschreitung der amtsgerichtlichen Kompetenz aber nicht eintrete, da das Amtsgericht in der Sache selbst nicht erkenne. Eine Konsequenz der Aenderung war der Schlußsatz des § 640 (vgl. Anm. 3).

3) Ueber den Einspruch ist, wenn der Anspruch vor das Landgericht gehört, in gewöhnlicher Weise vor dem Amtsgerichte mündlich zu verhandeln und zu erkennen; die Ladung hat sich aber auf die Verhandlung über Zulässigkeit des Einspruchs zu beschränken. Gegen das Urtheil des Amtsgerichts ist die Berufung zulässig, auch wenn der Einspruch für zulässig erklärt wird, also eigentlich nur ein Zwischenurtheil vorliegt (s. § 640 a. E.: „Rechtskraft"; vgl. Seuffert Anm. 5, Sarwey II S. 85 Anm. 3a, Petersen §§ 639—641 II 3, Wilm.-Levy Anm. 1, Endemann III S. 102, Gaupp III S. 115, 116 u. A.).

Der für zulässig erklärte Einspruch hat die gewöhnliche Wirkung (§ 307). Das Amtsgericht hat daher (wie R. E. § 763 ausdrücklich verordnet) den Vollstreckungsbefehl aufzuheben, und mit Verkündung des Aufhebungsurtheils hört nach § 655 auch die vorläufige Vollstreckbarkeit auf [vgl. § 308 Satz 2, Goldenring a. a. O. S. 494, Seuffert Anm. 5 u. 6, Gaupp III S. 116, Petersen §§ 639–641 II 1, D. J. Ztg. 1883 S. 535 ff. u. A.; Wilm. Levy Anm. 4 halten den Vollstreckungsbefehl für ipso jure beseitigt]. — Der Einspruch enthält aber zugleich den (noch zulässigen) Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl.

„Dem Entwurf liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl enthält. Wird daher der Einspruch zulässig befunden, so ist in Anwendung der Vorschrift des § 307 anzunehmen, daß der Widerspruch rechtzeitig erhoben sei, daß mithin der Zahlungsbefehl seine Kraft verloren (§ 635) habe (Hann. Prot. IX S. 3365, 3367, 3368)." (Mot.)

Die Folge dieses Prinzips ist, daß nunmehr für das weitere Verfahren die §§ 636—639 zur Anwendung kommen. Da aber in diesem Falle eine Benachrichtigung von Erhebung des Widerspruchs überhaupt nicht ergangen ist, so mußte (in Satz 4) ein anderer Anfangstermin für die in § 637 bestimmte Frist vorgeschrieben werden. Es ist eine Konsequenz des zu Satz 3 gefaßten Beschlusses, daß dieser Anfangstermin sich an den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils knüpft, welches den Widerspruch ersetzt. Der Zeitpunkt der Rechtskraft bestimmt sich in gewöhnlicher Weise; es kommt also darauf an, ob die Berufungsfrist abgelaufen ist (vgl. §§ 472, 477, 645).

4) Gehört der Anspruch vor das Amtsgericht, so ist der Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache zu laden (§ 305 Nr. 3). Die Verhandlung erstreckt sich auf die Zulässigkeit des Einspruchs und die Hauptsache, sofern nicht eine Trennung beschlossen wird. Das Zwischenurtheil, welches den Einspruch zuläßt, ist — abweichend von dem Falle in Anm. 3 — erst mit dem Endurtheil in der Hauptsache anfechtbar, und erst mit diesem kann daher der Vollstreckungsbefehl aufgehoben werden. Auch die vorläufige Vollstreckbarkeit dauert daher bis zu diesem Zeitpunkte, wie im gewöhnlichen Verfahren (§§ 655, 691), fort; ein Schluß aus der abweichenden Behandlung im Falle landgerichtlicher Zuständigkeit ist nicht zulässig. [So auch Seuffert Anm. 4, 6, Gaupp III S. 114, Endemann III S. 102, Sarwey II S. 86, Wilm. Levy Anm. 1, D. J. Ztg. 1883 S. 445 ff., 664 ff. A. M.: Petersen a. a. O., D. J. Ztg. 1883 S. 383 ff., 535 ff., welche die Aufhebung des Vollstreckungsbefehls und mithin der vorläufigen Vollstreckbarkeit auch hier an die Zulässigkeitserklärung des Einspruchs knüpfen.]

5) Wegen einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung in Folge des Einspruchs finden, soweit nicht schon mit der Zulässigkeitserklärung des Einspruchs die vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben wird (vgl. Anm. 3) die §§ 647, 657 Anwendung. [So auch Seuffert Anm. 6, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 114 u. A.]

§ 641. Wird in dem Falle, wenn Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, nachgesucht, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. Dasselbe gilt, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehls rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wird.

N. Entw. § 764. Entw. I. § 565. Entw. II. § 585. Entw. III. § 594. Mot. S. 386. Prot. S. 327.

§ 642. Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls, sowie die Erhebung eines Widerspruchs werden der anderen Partei abschriftlich nicht mitgetheilt; im Falle ihrer mündlichen Anbringung ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich.

N. Entw. § 765. Entw. I. § 566. Entw. II. § 586. Entw. III. § 595. Mot. S. 386. Prot. S. 327.

---

§ 641.

1) „Das Erlöschen des Zahlungsbefehls in allen seinen Wirkungen mit dem Ablauf von sechs Monaten dient dazu, im Interesse des Beklagten wie der Gerichte das ganze Verfahren zum Abschlusse zu drängen. Der Kläger, welcher so lange Zeit verstreichen läßt, ohne die Sache weiter zu betreiben, mag, wenn sie nicht erledigt ist, von vorn anfangen (vgl. Hann. Ges. § 6, Bayer. PO. Art. 567 usw.)." (Mot.)

Vgl. § 632 Anm. 2. Der erlassene — wenngleich nicht zugestellte — Vollstreckungsbefehl unterliegt keiner besonderen Verjährungsfrist.

Die Wirkungen der Versäumung sind dieselben wie in den Fällen der §§ 637, 640. Vgl. § 637 Anm. 1.

2) Satz 2: In diesem Falle läuft keine besondere Frist. Die in Satz 1 bestimmte Wirkung tritt vielmehr sogleich mit der definitiven Zurückweisung des Gesuchs ein, d. h. mit der Zurückweisung der eingelegten sofortigen Beschwerde oder mit dem Ablauf der betreffenden Nothfrist (vgl. § 639 Abs. 2).

„Ist das Gesuch zurückgewiesen und die Frist für die sofortige Beschwerde verstrichen, so ergiebt sich der Wegfall aller Wirkungen des Mahnverfahrens von selbst." (Mot.)

Die Bestimmung bezieht sich nur auf den Fall, daß kein Widerspruch erhoben ist, da für den Fall des erhobenen Widerspruchs die §§ 635, 636 Platz greifen. Aber auch in jenem Falle kann eine definitive Zurückweisung vorkommen, z. B. wenn das Gericht in der irrthümlichen Ansicht, daß Widerspruch erhoben sei, den Vollstreckungsbefehl verweigert. (Uebereinstimmend: Sarwey II S. 87, Endemann III S. 104, Petersen §§ 639—641 III, Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann II S. 598, Gaupp III S. 117, Altvater im civ. Arch. 64 S. 417, jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Fitting § 66 Anm. 24, welcher mit Unrecht unterstellt, daß es sich nur um zeitweilige Zurückweisung des Gesuchs handeln könne; Wilm. Levy, Gaupp und Petersen a. a. O. schließen dagegen gerade den Fall einer zeitweiligen Zurückweisung mit Recht aus, weil in diesem Falle nach Satz 1 binnen sechsmonatiger Frist eine Erneuerung des Gesuchs möglich ist.) Vgl. auch § 639 Anm. 7.

3) Die Wirkung des Ablaufs der Frist kann auch durch Anstellung einer Klage beim Gericht des Mahnverfahrens nicht gehindert werden (vgl. Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 272, 273).

§ 642.

Die abschriftliche Mittheilung der hier bezeichneten Gesuche (vgl. §§ 628 Anm. 2, 630, 639 Anm. 3) ist nicht erforderlich, da dieselben sich in den erlassenen Befehlen wiederfinden, die des Widerspruchs nicht, da dessen Inhalt, abgesehen von der Thatsache des Widerspruchs, gleichgültig ist (§ 634 Abs. 2). Der rein mündlichen Form entspricht es, daß auch ein Protokoll nicht aufgenommen wird (vgl. Preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsg. § 22 Abs. 2).

§ 643. Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachgesucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

R.Entw. § 766. Entw. I. § 567. Entw. II. 587. Entw. III. § 596. Mot. S. 386. Prot. S. 327.

---

§ 643.

Für das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls (§ 639 Anm. 3) und für den Einspruch (§ 640) ist Vollmacht erforderlich — die einzigen Fälle innerhalb des eigentlichen Mahnverfahrens. Die Mot. nennen nur den ersteren Fall:

„Die Beibringung einer Vollmacht ist nur erforderlich für das Gesuch um Erlaß des Vollstreckungsbefehls. Mit Rücksicht auf die unbegrenzte Zulassung des Mahnverfahrens erschien es nicht angemessen, Rechtsanwälten und Gerichtsvollziehern den Nachweis der Bevollmächtigung gänzlich zu erlassen."

Der Mangel der Vollmacht ist von Amtswegen zu berücksichtigen (§ 84 Abs. 2).

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 644. Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurtheilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Urtheile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

N. Entw. §§ 883, 1108. Entw. I. § 568. Entw. II. § 588. Entw. III. § 597. Mot. S. 387, 388, 392, 393. Prot. S. 327–330.

Achtes Buch.

1) Dieses Buch behandelt die Zwangsvollstreckung (Vollstreckungsverfahren, Hülfsvollstreckung, Exekution). Schon der Name weist darauf hin, daß dabei nur von einer erzwungenen, nicht von einer freiwilligen Vollstreckung die Rede ist. Ebenso ergiebt die Aufnahme in die CPO., daß hier nur das gerichtliche Vollstreckungsverfahren, nicht die administrative Exekution und die von den Gerichten oder den gerichtlichen Beamten den Verwaltungsbehörden zu leistende Rechtshülfe hat geregelt werden sollen. In Bezug auf die letztere behält es bei den landesgesetzlichen Vorschriften sein Bewenden (Mot. S. 392, N. E. § 932). Hinsichtlich Preußens behält das AG. z. CPO. § 14 Abs. 2 die anderweite Regelung des Verfahrens der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen aus Entscheidungen oder Anordnungen der Verwaltungsbehörden, Verwaltungsgerichte oder Auseinandersetzungsbehörden Königlicher Verordnung vor. Diese Regelung ist erfolgt durch die K. Verordn. v. 7. Sept. 1879, betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (GS. S. 591). Wegen der Vollstreckung außerhalb Preußens vgl. RG. VI S. 230.

2) Literatur: Eine (kurze) populäre Bearbeitung des achten Buchs und der einschlagenden Bestimmungen des EG. z. CPO. enthält Eckstein: Die Zwangsvollstreckung der D. CPO., systematisch dargestellt und durch zahlreiche Beispiele erläutert. (Berlin 1879.) Eingehender ist Bunsen: Die Lehre v. d. Zwangsvollstreckung auf Grund der D. Justizgesetze (Wismar 1885). Vgl. auch Fitting §§ 78 ff., Gaupp: Die Zwangsvollstreckung und das Mahnverfahren (Separatabdruck aus dessen Kommentar), Wach, Vortr. S. 217 ff., Hellmann, Lehrb. S. 796 ff., Hinschius s. v. Zwangsvollstreckung im Rechtslex. III S. 1489 ff., Dernburg I § 364a, II §§ 107–110, Förster (Eccius) I § 56. Ueber die rechtliche Natur der Zwangsvollstreckung s. besonders Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 57 ff. Vgl. auch Kroll, Klage und Einr. S. 318 ff.

3) Von den fünf Abschnitten dieses Buches enthält der erste die allgemeinen Bestimmungen; der zweite, dritte und vierte umfassen die einzelnen Vollstreckungsarten, und der fünfte behandelt im Anschlusse an die Bestimmungen über die Befriedigung eines Anspruchs diejenigen über die Sicherung eines solchen im Wege der Zwangsvollstreckung (Arrest und einstweilige Verfügungen), welche in den meisten Gesetzgebungswerken, z. B.

Preuß. AGO., Hann. PO., Bayer. PO., P. E., H. E., N. E. usw., unter den außerordentlichen Prozeßarten behandelt werden (vgl. oben S. 620).

Erster Abschnitt.

1) In den allgemeinen Bestimmungen wird zunächst die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil als dem regelmäßigen und erheblichsten Titel behandelt (§§ 644—701); daran schließen sich die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung aus anderen Titeln (§§ 702—706), und den Schluß macht in § 707 ein allgemeiner Satz über die Ausschließlichkeit der in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände.

Die von der Vollstreckung auf Grund eines Urtheils handelnden Paragraphen wiederum bestimmen zuvörderst, welche Urtheile vollstreckbar sind (§§ 644—661); die §§ 662—673 regeln die Formen, unter welchen ein an sich vollstreckbares Urtheil zum Vollzuge gelangen kann; die §§ 674—683 ordnen die Rechte und Pflichten der Gerichtsvollzieher als derjenigen Beamten, welchen regelmäßig die Betreibung der Zwangsvollstreckung obliegt; § 684 handelt von der Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte; die §§ 685—690 regeln die Thätigkeit dieser Gerichte sowie des Prozeßgerichts bei Einwendungen des Schuldners oder Dritter gegen die Zwangsvollstreckung, und die §§ 691—701 enthalten allgemeine Vorschriften der mannigfachsten Art.

2) Dem Zwangsvollstreckungsverfahren der CPO. liegt — im Gegensatz zum gemeinrechtlichen und zum altpreußischen Prozesse, in welchem die Leitung der ganzen Exekution in den Händen des Gerichts ruht — das Prinzip des unmittelbaren Prozeßbetriebs durch die Parteien zu Grunde, ohne daß jedoch dieses Prinzip mit der gleichen Strenge und bis in die äußerste Konsequenz durchgeführt wäre, wie im französischen Prozesse. Demgemäß ist gleich den Zustellungen (vgl. oben S. 166ff.) auch die Zwangsvollstreckung grundsätzlich aus dem unmittelbaren Bereiche richterlicher Thätigkeit ausgeschieden und besonderen Beamten (Gerichtsvollziehern) übertragen, welche im Auftrage der Parteien zu handeln haben (vgl. § 674 Anm. 1); die Mitwirkung der Gerichte tritt nur als Ausnahme ein, insbesondere bei einzelnen Vollstreckungsarten, deren Durchführung mit größeren Schwierigkeiten und Verwickelungen verknüpft ist (Vollstreckung in Forderungen und ähnliche Vermögensrechte, in unbewegliches Vermögen, zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen), bei dem Vertheilungsverfahren, bei der Vollstreckung im Auslande oder mittels militärischer Hülfe und bei Streitigkeiten, welche zwischen den Parteien unter einander sowie mit Dritten innerhalb des Vollstreckungsverfahrens sich erheben.

Für diese Gestaltung ist außer den allgemeinen für den unmittelbaren Prozeßbetrieb durch die Parteien sprechenden Gründen hauptsächlich die Rücksicht auf eine rasche und energische Exekution maßgebend gewesen.

> „Die bisherige gerichtliche Androhung, Erkennung und Leitung der Exekution vom Prozeßgericht aus, welches als Mittelpunkt des Verfahrens unter allen Umständen erst schriftlich und zwar bei jedem Exekutionsakte, bei jedem Uebergange von einer Exekutionsart zur anderen von Neuem angegangen werden und seinen Vollstreckungsauftrag ertheilen oder gar ein Ersuchen an andere Gerichte erlassen mußte — dazu die Kommunikationen zwischen Gericht und Exekutor verweitläufigten die Prozedur ungemein. Bei der eigentlichen Ausführung der Vollstreckung war gleichwohl die Leitung des Gerichts kaum bemerklich, die Selbständigkeit des Vollstreckungsbeamten dagegen trotz der Leitung eine große" (Mot. S. 389).

Uebrigens ist — auch abgesehen von der Mitwirkung der Gerichte — die Befugniß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren eine vielfach beschränkte. Im wesentlichen liegt ihnen nur die formelle Leitung des Verfahrens ob (vgl. §§ 674 ff.), während die Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ihnen entzogen und Sache der Gerichtsschreiber, ausnahmsweise unter Mitwirkung des Vorsitzenden, ist (§§ 646, 662 ff.). [Vgl. auch Wach I S. 322 ff.]

3) Soweit die Gerichte mitwirken, ist — in fernerer Abweichung vom gem. und vom

preuß. Prozesse — das Prozeßgericht als einheitlicher Mittelpunkt aufgegeben, indem die CPO. jene Thätigkeiten — abgesehen von der Entscheidung der eigentlichen Streitigkeiten, die je nach ihrer verschiedenen Natur von verschiedenen Gerichten zu erledigen sind (vgl. z. B. §§ 668, 685—690, 704, 705, 710) — einem Vollstreckungsgerichte zuweist, welches grundsätzlich dasjenige Amtsgericht ist, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat, und welches nur zufällig mit dem Prozeßgerichte zusammenfällt. Auch hierfür ist die Rücksicht auf eine einfache und rasche Exekution, die von dem leichter zugänglichen und beweglichen Amtsgerichte zu erwarten, maßgebend gewesen.

Innerhalb des Deutschen Reichs bedarf es zum Zwecke der Vollstreckung keiner Rechtshülfe (GVG. § 161).

4) Die Ausdrücke „Gläubiger" und „Schuldner" bedeuten Exekutionssucher und Exequende ohne Rücksicht auf den Ursprung des Verhältnisses.

5) Die Ferien sind auf das Zwangsvollstreckungsverfahren ohne Einfluß (GVG. § 204). [Vgl. auch OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 S. 170 (Ertheilung der Vollstreckungsklausel).].

§ 644.

1) Nur Endurtheile (§ 272 Anm. 2) — seien es kontradiktorische oder Versäumnißurtheile, seien es Theilurtheile (§ 273) oder Urtheile, welche die Sache ihrem ganzen quantitativen Umfange nach beendigen — sind als Titel zur Zwangsvollstreckung geeignet, während Zwischenurtheile (§ 275) als bloßes vorbereitendes Material für die Endentscheidung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung nicht in Frage kommen. Auch das eine prozeßhindernde Einrede nach § 248 Abs. 2 verwerfende Zwischenurtheil ist, wenn es über die Kosten entscheidet, rücksichtlich dieser als Endurtheil anzusehen (vgl. § 98 Anm. 1). Selbstverständlich kommen nur solche Endurtheile hier in Betracht, welche ihrer Natur nach einer Vollstreckung fähig sind, eine Eigenschaft, welche u. A. hinsichtlich der durch Eid bedingten (§ 425) oder nur die Verpflichtung zum Schadensersatz oder dergl. aussprechenden (§ 276) Endurtheile nicht zutrifft (vgl. auch Norbd. Prot. S. 1950), ebensowenig rücksichtlich der auf eine Feststellungsklage ergangenen Urtheile (vgl. § 231 Anm. 10). Dagegen sind die nach §§ 502, 562 unter Vorbehalt erlassenen Urtheile ausdrücklich auch in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurtheile bezeichnet. — Zur Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheil bedarf es eines besonderen Vollstreckungsurtheils (§ 660); ebenso zur Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruche (§ 868). Wegen anderer exekutorischer Titel s. §§ 702, 706; KO. §§ 152, 179, 192, StrPO. §§ 122, 495.

2) In Uebereinstimmung mit dem gem. (vgl. Wetzell S. 600) und dem preuß. Recht (AGO. I 24 § 2) sowie den meisten neueren Gesetzgebungen (Hann. PO. §§ 162, 408, 528, Württ. PO. Art. 642, 682, Bad. PO. §§ 371 ff., 838, P. E. § 946, H. E. § 645, N. E. § 883), aber abweichend von dem franz. Recht (und theilweise der Bayer. PO. Art. 827), wonach die Zwangsvollstreckung aus einem Urtheil in der Regel schon vor dem Ablauf der für die ordentlichen Rechtsmittel des Einspruchs und der Berufung gewährten Nothfristen stattfindet und durch deren wirkliche Einlegung nur in ihrem Fortgange gehemmt wird, setzt die CPO. für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung als Regel ein rechtskräftiges Urtheil voraus.

3) Ausnahmsweise läßt die CPO. die Vollstreckbarkeit auch auf Grund nicht rechtskräftiger Urtheile zu, wenn dieselben für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Die Fälle der vorläufigen Vollstreckbarkeit und die prozessualische Behandlung derselben werden in den §§ 648—659 geregelt. Vgl. auch §§ 496, 523, StrPO. § 122.

Einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumung ergangenen Endurtheil steht der Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren gleich (§§ 640, 702 Nr. 4).

4) Die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgt durch das Prozeßgericht bei Erlassung des Urtheils.

5) Abs. 2: — „in Ehesachen" — vgl. § 568. Urtheile, durch welche die Einwilligung zur Eheschließung ergänzt wird (§ 32 des Ges. über d. Beurkundung des Personenstandes usw.

§ 645. Die Rechtskraft der Urtheile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

N. Entw. §§ 443, 780, 844. Entw. I. § 569. Entw. II. § 589. Entw. III. § 598. Mot. S. 393. Prot. S. 331–334.

---

v. 6. Febr. 1875 [RGBl. S. 23]), sind zwar nach der Terminologie des § 568 als Urtheile in Ehesachen nicht anzusehen; eine vorläufige Vollstreckbarkeit findet aber bei ihnen nach § 779 nicht statt (vgl. § 779 Anm. 1). Andere Fälle, in welchen eine Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit unzulässig ist, s. in den §§ 613 Abs. 1, 620, 624. Vgl. auch §§ 425 Abs. 2, 426 Abs. 2, 439, 658, 781, Bankgesetz vom 14. März 1875 § 51 Abs. 1. Sie ist auch unzulässig, wenn, wie in manchen Polizebedingungen, ausgemacht ist, daß die zu zahlende Entschädigungssumme erst eine gewisse Zeit nach Rechtskraft des Urtheils fällig werde (Kammergericht in D. J. Ztg. 1883 S. 216).

6) Die Vollstreckbarkeit eines Urtheils ist nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt. Die entgegenstehenden Bestimmungen einzelner Landesgesetze über die sog. Exekutionsverjährung (vgl. z. B. Preuß. AGO. I 24 § 3, Anh. § 148, Code de proc. art. 156, Code de comm. art. 643, Hann. PO. § 536) sind aufgehoben. Dagegen sind die Bestimmungen über die Verjährbarkeit des vollstreckbaren Anspruchs (z. B. ALR. I 9 §§ 558—560) unberührt geblieben (vgl. Förster-Eccius I § 57 S. 353).

§ 645.

1) Der § 645 erläutert den Sinn der (formellen) Rechtskraft, welche in den neueren Gesetzgebungen namentlich mit Rücksicht auf die verschiedene Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde, sehr abweichend aufgefaßt worden ist, dahin, daß sie nach Ablauf der Frist für jedes Rechtsmittel (vgl. Anm. 3) bzw. bei Versäumnißurtheilen für den Einspruch (vgl. Anm. 4) eintritt. (Vgl. Wach I S. 229 ff.) Eine Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des bestätigten oder nicht angefochtenen Erkenntnisses, wie sie nach preuß. Prozeßrecht von Manchen angenommen wurde (s. jedoch Entsch. d. OT. 79 S. 237, Bachmann in Gruchot, Beitr. XXV S. 205 ff.), findet also nicht mehr statt [vgl. Förster-Eccius I S. 309 Anm. 7, Dernburg I S. 302, 303]. Die materiellrechtlichen Bestimmungen des Preuß. ALR. II 1 §§ 769—771 bleiben unberührt.

Dem Ablauf der Rechtsmittel- bzw. der Einspruchsfrist steht nach allgemeinen Grundsätzen der Verzicht auf das Rechtsmittel bzw. den Einspruch sowie die Zurücknahme gleich (§§ 311, 475, 476, 529); die Fassung des § 645 steht wegen des Worts „zulässigen" nicht entgegen. (Ebenso Petersen §§ 644, 645 Nr. 2 a. E., Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Sarwey II S. 95, Gaupp III S. 129 u. A. A. M. Schwalbach im civ. Arch. 64 S. 286 ff., nach welchem der Verzicht auf ein Rechtsmittel oder den Einspruch zwar zulässig ist, aber nicht das Urtheil sofort rechtskräftig macht.) Zu beachten ist allerdings, daß dem Gegner des Verzichtenden bis zum Ablauf der Nothfrist das Anschließungsrecht bleibt (Förster-Eccius I § 55 Anm. 6, S. 308).

2) — „zulässigen" — Ein Urtheil, gegen welches ein Rechtsmittel oder der Einspruch überhaupt nicht zulässig ist, z. B. ein Urtheil des Landgerichts als Berufungsgericht in einer amtsgerichtlichen (kontradiktorischen) Sache oder ein Urtheil des Reichsgerichts, geht sofort nach seiner Verkündung in Rechtskraft über. (Zustimmend Hellmann III S. 6 Anm. 1, Endemann III S. 112, 113, Gaupp a. a. O., Schwalbach a. a. O. S. 280 Anm. 34, Förster-Eccius I 307 Anm. 5 u. A. A. M. Puchelt II S. 483, welcher eine gerichtliche Entscheidung über die Unstatthaftigkeit des eingelegten Rechtsmittels verlangt, und Dernburg I S. 302 Anm. 4, welcher unter Berufung auf § 671 auch hier eine Zustellung erfordert, obwohl diese nach § 671 nur für den Gerichtsvollzieher bzw. das Vollstreckungsgericht beim Beginn der

Zwangsvollstreckung, nicht aber für den Gerichtsschreiber bei Ertheilung der Rechtskraftsbescheinigung von Bedeutung ist.) Vgl. auch §§ 646 Anm. 5, 283 Abs. 2, 655 Abs. 1. Ein vom Oberlandesgerichte in der Berufungsinstanz erlassenes Urtheil, welches vermögensrechtliche Ansprüche zum Gegenstande hat, deren Betrag 1500 Mark nicht übersteigt, geht nicht sofort in Rechtskraft über, sofern die Revision auf Grund des § 509 Nr. 1 möglich ist (RG. VI S. 380, VIII S. 356).

3) „Rechtsmittels" — d. h. Berufung oder Revision. Die Beschwerde, welche zwar gleichfalls zu den Rechtsmitteln gehört (vgl. die allg. Bem. zum dritten Buch unter 1) findet gegen Endurtheile nicht statt (§ 530).

Die Zulässigkeit der Berufung oder der Revision hemmt die Rechtskraft des Urtheils bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist, ohne daß es anderer Voraussetzungen bedarf (vgl. die Mot. in Anm. 4).

4) „Einspruchs" — Ein Versäumnißurtheil, gegen welches in der Regel ein Rechtsmittel nicht statthaft ist (§§ 474 Abs. 1, 529), unterliegt in diesen Regelfällen der Rechtskraft nach unbenutztem Ablauf der Einspruchsfrist (§ 304), welche kürzer ist als die Rechtsmittelfrist (§§ 477, 514). Soweit aber ein Versäumnißurtheil nicht dem Einspruche (§ 310), wohl aber — wenngleich nur in beschränktem Maße — einem Rechtsmittel (§ 474 Abs. 2, 529) unterliegt, tritt die Rechtskraft erst nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ein. Die Mot. äußern in dieser Beziehung:

„Für kontradiktorische Urtheile haben alle Rechtsmittel im Sinne des Entwurfs, also Berufung und Revision, gleiche Wirkung; ihre Zulässigkeit suspendirt die Rechtskraft, da sie ohne andere Voraussetzungen, als die im gewöhnlichen Gange des Rechtsstreits liegenden, zulässig sind und nichts von außerordentlicher Rechtshülfe, welche anderweit Berücksichtigung findet (§ 647), an sich haben. Das Gleiche ergiebt sich für Versäumnißurtheile ohne Weiteres bezüglich des Einspruchs. Aber auch die in Ermangelung des Einspruchs in beschränktem Maße zulässigen Rechtsmittel (§§ 474, 529) sind ungeachtet ihrer Beschränkung immerhin ordentliche Rechtshülfen und hemmen konsequent die Rechtskraft. Freilich wird damit die Rechtskraft des zweiten, dem Einspruche nicht mehr unterliegenden Versäumnißurtheils weiter hinausgeschoben, als die des ersten; allein dieses an sich eigenthümliche Resultat ist ohne alle praktische Bedenken, wenn, wie dies im § 648 Nr. 3 geschehen, durch Beilegung der vorläufigen Vollstreckbarkeit jenem zweiten auf Versäumniß ergangenen Urtheile im Wesentlichen dieselbe Wirksamkeit gesichert ist, welche ihm die Rechtskraft verleihen würde."

Aus diesen Ausführungen ergiebt sich, daß — worauf übrigens auch der Ausdruck „oder" im Texte des Gesetzes (Satz 1) hinweist — bei Versäumnißurtheilen die Einspruchsfrist ganz dieselbe Bedeutung rücksichtlich der Rechtskraft hat, wie bei kontradiktorischen Urtheilen die Rechtsmittelfrist. Der Satz: „Aber auch die — — — konsequent die Rechtskraft" könnte zwar, wenn man ihn für sich allein betrachtet, zu der Ansicht verleiten, als ob Versäumnißurtheile überhaupt erst dann der Rechtskraft unterliegen, wenn nicht bloß die Einspruchsfrist, sondern auch die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Allein aus dem ganzen Zusammenhange, insbesondere mit dem nachfolgenden Satze „Freilich" usw., welcher gar nicht zutreffen würde, wenn auch das erste Versäumnißurtheil erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist der Rechtskraft unterläge, erhellt, daß in jenem Satze nur von denjenigen Versäumnißurtheilen die Rede ist, gegen welche der Einspruch an sich nicht statthaft ist und deshalb ausnahmsweise die Berufung bzw. Revision in beschränktem Maße stattfindet.

Die Frage, ob ein Rechtsmittel bzw. der Einspruch eingelegt sei, ist zu verneinen, wenn der eingereichte Schriftsatz den wesentlichen Erfordernissen (§§ 305, 479, 515) nicht genügt (vgl. Schwalbach a. a. O. S. 281 Anm. 34. A. M. Puchelt II S. 483). S. § 646 Anm. 5.

5) Die Vollstreckbarkeit eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils wird durch rechtzeitige Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs nicht gehemmt. Vgl. §§ 648—659 Anm. 1.

6) Wegen der Möglichkeit der Anschlußberufung (§ 482) und Anschlußrevision (§ 518) hemmt

§ 646. Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile sind auf Grund der Prozeßakten vom Gerichtsschreiber erster Instanz und, so lange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieser Instanz zu ertheilen.

Insoweit die Ertheilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urtheil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugniß des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei.

N. Entw. § 402. Entw. I. §§ 570, 582. Entw. II. § 590. Entw. III. § 599. Mot. S. 393, 394. Prot. S. 334.

---

die rechtzeitige Einlegung eines Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft auch hinsichtlich des der Gegenpartei ungünstigen Theils der Entscheidung und wegen der Möglichkeit der Erweiterung des Rechtsmittels in der mündlichen Verhandlung (§§ 480, 516) den Eintritt der Rechtskraft nicht blos des angegriffenen Theils, sondern des ganzen Urtheils.

§ 646.

1) Die Feststellung der Rechtskraft eines Urtheils ist vor allem — wenigstens als Regel (§ 644 Anm. 2) — behufs Vollstreckung desselben erforderlich (§ 662). Dagegen bedarf es dazu keines „Zeugnisses über die Rechtskraft", wenngleich der um die Ertheilung der Vollstreckungsklausel angegangene Gerichtsschreiber das in § 646 Abs. 2 vorgesehene Zeugniß erfordern darf. Wohl aber werden dergleichen Zeugnisse zu anderen Zwecken gebraucht, z. B. zur Zwangsvollstreckung im Auslande, ferner zur Rückforderung geleisteter Sicherheiten, mit Rücksicht auf die aus der erfolgten Feststellung von Rechtsverhältnissen (§ 231) abzuleitenden Folgen, für Statusverhältnisse, Amortisation von Urkunden, Eintragungen im Grund- und Hypothekenbuche usw. [vgl. § 757 Anm. 5, Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 3, 14, 19 Nr. 2, 53; Grundbuchordn. § 94 Nr. 2, 4; Achilles: D. preuß. Ges. über Grundeigenthum und Hypothekenrecht ꝛc. 3. Ausg. S. 88, 145, 177, 287, 297, 439; Bahlmann: Preuß. Grundbuchrecht 3. Ausg. S. 34 Anm. 5, Nordd. Prot. S. 2008]. Von diesen handelt § 646.

2) Die Feststellung der Rechtskraft ist — abweichend von dem gem. und preuß. Recht, wonach das Gericht die Exekution verfügt, aber im Einklange mit der Hann. PO. § 529 — der Einfachheit wegen dem Gerichtsschreiber übertragen worden (vgl. jedoch § 666 und Bankgesetz § 51).

Wegen der Gerichtsschreibergehülfen vgl. für Preußen d. Ges., betr. die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber, v. 6. März 1879 § 5 Abs. 2 (GS. S. 99).

3) In der Regel hat der Gerichtsschreiber erster Instanz die Rechtskraft festzustellen, auch wenn der Rechtsstreit in höheren Instanzen anhängig gewesen ist; nur so lange dieser in einer höheren Instanz noch schwebt, hat der Gerichtsschreiber dieser höheren Instanz rücksichtlich der gleichwohl in Rechtskraft übergegangenen Theile eines Urtheils (§ 273) die Feststellung vorzunehmen.

4) — „auf Grund der Prozeßakten" — Da die Rechtskraft auf Grund der Akten (vgl. § 271 Anm. 1) in Verbindung mit den von dem Exekutionssucher vorzulegenden Urkunden über die Zustellung des Urtheils festgestellt werden kann, ist die Führung eines Rechtsmittels- oder Vollstreckungsregisters (Code de proc. art. 163, 549, Hann. PO. §§ 374, 413, H. E. § 652, P. E. §§ 608 ff., 962 ff.) nicht vorgeschrieben.

— „in einer höheren Instanz anhängig" — Dieser Zeitpunkt tritt, obwohl die Einlegung der Berufung bzw. Revision nach §§ 479, 515 erst durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, schon mit der Einreichung desselben auf der Gerichtsschreiberei des Gerichts höherer Instanz ein, weil dieser Zeitpunkt nach Abs. 2 für die Ertheilung der Rechtskraftbescheinigung von wesentlicher, wiewohl keinenfalls allein maßgebender Bedeutung ist (vgl. Anm. 5 a. E.). (Zustimmend RG. IX S. 387.) Jedenfalls tritt die Anhängigkeit mit der in Folge der Ein-

reichung nothwendig werdenden ersten Handlung des Gerichts bzw. des Vorsitzenden, nämlich der Anberaumung des Termins, ein („anhängig" ist verschieden von „rechtshängig" im Sinne des § 235). Vgl. noch oben S. 225 §§ 249 Abs. 2, 466 Abs. 2, 467 Abs. 2. (A. M. Hellmann, Lehrb. S. 800.) [Willkürlich ist es auch, die Anhängigkeit (wie Schneider im civ. Arch. 64 S. 425 vorschlägt) beim Nichterscheinen der Parteien in dem zur Verhandlung der Berufung angesetzten Termine durch Zurücksendung der Akten an die erste Instanz (§ 506) wieder zu beseitigen, weil in diesem Falle niemals, gleichviel ob der Berufungsbeklagte geladen war oder nicht, von einer „Erledigung" der Berufung die Rede sein kann.]

Auch wenn gegen zwei Streitgenossen erkannt, gegen den einen das Urtheil rechtskräftig geworden, gegen den anderen ein Rechtsmittel eingelegt ist, muß der Prozeß im Sinne des § 646 als in höherer Instanz anhängig angesehen werden (RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 87, S. 122).

Durch Zurücknahme des Rechtsmittels hört die Anhängigkeit auf (Seuffert, Arch. 36 Nr. 313).

5) Abs. 2: Ueber die Voraussetzungen der Feststellung der Rechtskraft sagen die Mot.:

> Sie erfolgt selbstverständlich auch bei Einlegung unzulässiger Rechtsmittel oder verspäteter Einlegung eines Rechtsmittels und kann, wenn ein solches überhaupt zulässig war, nur auf Grund der weiteren Feststellung erfolgen, daß das Rechtsmittel nicht eingelegt ist. Hierfür ist ebenso wie bei dem Einspruche die rechtzeitige Einreichung des Schriftsatzes zum Zwecke der Terminsbestimmung der Art von entscheidender Bedeutung, daß, wenn diese nicht erfolgt ist, auch das Rechtsmittel nicht eingelegt sein kann. Es soll demnach in jedem Falle ein desfallsiges Zeugniß des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts genügen. Der angegangene Gerichtsschreiber braucht einen solchen Nachweis indessen nur, wenn er Zweifel hegt, ob etwa ein Rechtsmittel eingelegt sei; er ist auch auf diesen einen Weg des Nachweises nicht beschränkt. Unter Umständen wird schon der Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten in die höhere Instanz (§§ 506, 529), ein nachgewiesener Verzicht usw. ihm die zur Ertheilung des Attestes nothwendige Ueberzeugung gewähren. Bei seiner ununterbrochenen geschäftlichen Verbindung mit dem Vorsitzenden des Gerichts wird er sich in zweifelhaften Fällen leicht mit diesem in Einvernehmen setzen können (vgl. Nordd. Prot. S. 1973, 1974)."

Hiernach hat der Gerichtsschreiber, welchem ein Gesuch um Ertheilung des Zeugnisses vorliegt, auch zu prüfen, ob das Rechtsmittel überhaupt zulässig und rechtzeitig eingelegt ist, und, wenn er hierbei zu einem negativen Ergebnisse gelangt, das in Abs. 2 a. E. bezeichnete Zeugniß zu ertheilen. Für diese Auffassung sprechen auch die Worte „innerhalb der Nothfrist". (Ebenso Wilm. Levy Anm. 4, Petersen § 646 Nr. 2, Seuffert Anm. 3 a. E., Gaupp III S. 132 u. A.; s. auch Schwalbach a. a. O. S. 280 Anm. 34. A. M. Siebenhaar S. 612, 613, welcher — wie Puchelt II S. 483 — mit Unrecht auf die §§ 497, 529 sich bezieht, aus denen sich nur ergiebt, daß die schließliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels dem Gerichte der höheren Instanz zukommt.) Vgl. auch § 645 Anm. 2 und RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 191.

Der Gerichtsschreiber des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts hat nur festzustellen, ob innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, und auf Grund dieser Feststellung hat der Gerichtsschreiber, welchem die Ertheilung des Zeugnisses obliegt, die weitere Prüfung vorzunehmen (vgl. Gaupp a. a. O., Seuffert Anm. 3 a. E.). Letzterer kann zwar statt jener Feststellung sich auch anderer Nachweise bedienen, darf aber, wie auch die Mot. hervorheben, dieselben nur mit der größten Vorsicht anwenden. (So auch Endemann III S. 115, Hellmann III S. 8, 9 u. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 5, welche niemals einen anderen Nachweis gestatten.)

Dadurch, daß hier betreffs der Hemmung der Rechtskraft nicht wie in anderen Prozeßordnungen (vgl. z. B. Hann. PO. §§ 408, 413) auf die Zustellung der Berufungsschrift,

§ 647. Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten

---

sondern auf die Einreichung derselben zur Terminsbestimmung entscheidendes Gewicht gelegt ist, entstehen Schwierigkeiten für den Fall, daß der Berufungskläger seinem Gegner die Berufungsschrift nicht zustellt, ihn also auch zum Termine nicht ladet, vielmehr die Sache ruhen läßt. Allerdings ist in solchem Falle der Gerichtsschreiber (und zwar nach Anm. 4 a. E. der der höheren Instanz) bzw. auf erhobene Vorstellung das Gericht ungeachtet der Terminsansetzung befugt, die Rechtskraftbescheinigung zu ertheilen, sofern er (z. B. auf Grund des eigenen Geständnisses des Berufungsklägers) die Ueberzeugung gewinnt, daß Letzterer innerhalb der Rechtsmittelfrist dem Gegner die Berufungs- bzw. Revisionsschrift nicht zugestellt habe (vgl. Scherer in Busch, Zeitschr. V S. 489, 490); aber dieser Nachweis wird ohne kontradiktorisches Verfahren mit dem Berufungskläger, in welchem dieser die ordnungsmäßige Erhebung des Rechtsmittels nachzuweisen hat, in der Regel schwer zu erlangen sein. (Das von Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 333 empfohlene Mittel, daß der Gerichtsschreiber auf Grund des § 134 die Handakten des Schuldners einfordert, dürfte deshalb nicht durchgreifen, weil nur das Gericht zur Einforderung berechtigt ist.) Daher ist ein wirksames Mittel gegen eine derartige Verschleppung der Rechtskraft des Urtheils nur darin zu finden, daß der Gegner des Berufungsklägers entweder in dem anberaumten Termine (welchen er häufig auf der Gerichtsschreiberei erfahren haben wird und auf Verlangen erfahren muß) erscheint oder nachher den Berufungskläger vor das Berufungsgericht laden und nach Analogie des § 497 erkennen läßt, daß die Berufung nicht in der gesetzlichen Form eingelegt sei. Zu dieser Ladung erscheint er befugt, weil die Sache durch die Anberaumung des Termins vor das Berufungsgericht gezogen ist (vgl. §§ 191, 228 Abs. 2). [So auch Kleiner III S. 11 Anm. 6 u. d. Anm. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 268, S. 365. Eine Remonstration beim Gericht nach § 539 mit eventueller Offizial-Ladung (s. Seuffert Anm. 3; vgl. auch Petersen § 646 Anm. 3 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 802) führt entweder nicht zum Ziel, wenn der Gegner (Schuldner) sich passiv verhält, oder verstößt gegen das Prinzip des Parteibetriebs; das Verfahren erster Instanz aber (welches Wilm. Levy Anm. 5 behufs akzessorischer Entscheidung über die Frage der Rechtskraft neu eröffnen bzw. fortsetzen wollen) ist mit dem Endurtheil, abgesehen von §§ 667, 686, beendet (vgl. auch RG. IX S. 387 a. E.).]

Von dem Zeitpunkte an, in welchem der Gerichtsschreiber der höheren Instanz zur Ertheilung des Zeugnisses über die Rechtskraft (Abs. 1) zuständig ist (vgl. Anm. 4), ist er nicht mehr zur Ausstellung des Zeugnisses des Abs. 2 verpflichtet (RG. IX S. 386).

6) Wegen Verweigerung des Zeugnisses der Rechtskraft findet nach den §§ 530, 539 Provokation auf die Entscheidung des Prozeßgerichts, eventuell Beschwerde statt. Letztere ist nicht die sofortige (§ 540), da die Ertheilung des Zeugnisses nicht in nothwendiger Beziehung zur Zwangsvollstreckung steht (vgl. Wilm. Levy Anm. 5 a. E. A. M.: frühere Aufl., Petersen § 646 Nr. 4, Seuffert Anm. 4. Vgl. auch RG. IX S. 386).

7) Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 16 (in der Fassung der Novelle vom 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 647.

1) Abs. 1: „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ — vgl. §§ 211 ff.

„Wiederaufnahme des Verfahrens“ — vgl. §§ 541 ff.

— „auf Antrag“ — Derselbe unterliegt, wenn er einen Anwaltsprozeß betrifft, dem Anwaltszwange nach § 74 (s. auch Wilm. Levy Anm. 5. A. M. Hellmann III S. 10).

2) Bei den in Anm. 1 bezeichneten anomalen Rechtsbehelfen, welche stets ein rechtskräftiges Urtheil voraussetzen, ist der Aufschub der Zwangsvollstreckung nur fakultativ.

Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

N. Entw. §§ 294, 868. Entw. I. § 571. Entw. II. § 591. Entw. III. § 600. Mot. S. 394, 395. Prot. S. 334.

„Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage setzen ihrer Natur nach einen vollständig abgeschlossenen Rechtsstreit voraus und sind deshalb nicht geeignet, ohne Weiteres den Aufschub der Zwangsvollstreckung zu bewirken. Bei diesen Anfechtungsmitteln kann nur in Frage kommen, ob trotz der Rechtskraft aus besonderen Gründen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung stattzufinden habe. Selbst die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln wieder aufzuheben, muß unter Umständen gestattet sein. Da aber in diesem Falle dem Gläubiger wohlerworbene Rechte erwachsen sind, welche je nach dem Modus der stattgehabten Vollstreckung eine sehr materielle Tragweite haben können (vgl. § 709) u. a., so darf die Aufhebung nur gegen volle, den ganzen Umfang der Forderung des Gläubigers deckende Sicherheitsleistung angeordnet werden" (Mot.).

— „einstweilen eingestellt" — Dies kann auch in der Weise geschehen, daß nach dem Einstellungsbeschlusse zwar einzelne Zwangsvollstreckungshandlungen, z. B. die Versteigerung, noch vorgenommen werden, aber eine Auszahlung des Erlöses an die Gläubiger (vgl. § 720) nicht stattfinden darf. Vgl. §§ 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1, 690 Abs. 3, 691, 692; RG. VII S. 318.

— „die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln — aufzuheben" — vgl. §§ 668 Anm. 2, 690 Abs. 3, 692.

— „gegen Sicherheitsleistung" — Diese ist hier stets nöthig; der zweite Satz des Abs. 1 bezieht sich auf diesen Fall nicht. Wegen der Art der Sicherheitsleistung s. Anm. 4.

3) — „das Gericht" — d. h. dasjenige, welches über die Anfechtung selbst zu entscheiden hat; deren voraussichtlicher Erfolg ist bei der Frage nach Einstellung der Vollstreckung usw. wesentlich zu berücksichtigen.

4) Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt § 101, wie sich auch aus den Mot. zu diesem Paragraphen ergiebt. Die Hinterlegung eines Streitgegenstandes, welcher nicht in baarem Gelde oder in Werthpapieren besteht, ist hiernach nicht zulässig, obgleich die Mot. bemerken:

„Die Zulassung der Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner war nicht besonders zu erwähnen, da sie nur eine Art der sowohl vom Schuldner als dem Gläubiger zu leistenden Sicherheit darstellt,"

also die Hinterlegung ganz unbeschränkt zuzulassen scheinen. Anders in den Fällen der §§ 652 Abs. 2, 659, 691 Nr. 3, 716 Abs. 2, 738. (Ebenso RG. X S. 316, Seuffert Anm. 1a, Gaupp III S. 134, Kleiner III S. 12, Petersen § 647 Nr. 3 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 6, Sarwey II S. 97.)

5) Eine besondere Bestimmung für den Fall, daß die Leistung eines Eides in Frage steht (Hann. PO. § 162), enthält die CPO. nicht. Es bleibt mithin dem Ermessen des Gerichts überlassen, diesen Umstand zu berücksichtigen.

6) Abs. 2: Wegen der Zustellung s. § 294. Bezüglich der Unanfechtbarkeit des Beschlusses bemerken die Mot.:

„Die Gestattung einer Anfechtung der Entscheidung über Einstellung usw. der Vollstreckung konnte der Entscheidung in der Hauptsache präjudiziren und erscheint deshalb unzweckmäßig. Da die Einstellung nur eine einstweilige ist, so kann sowohl das Instanzgericht, als im Laufe einer höheren Instanz das Gericht dieser Instanz jederzeit eine andere Anordnung erlassen; damit ist dem Bedürfnisse einer Aenderung der ersten Entscheidung genügt."

§ 648. Auch ohne Antrag sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären:
1. Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung aussprechen (§. 278);
2. Urtheile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen;
3. ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnißurtheil;
4. Urtheile, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden;
5. Urtheile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden;
6. Urtheile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, soweit die Alimente für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

N. Entw. § 884. Entw. I. § 572. Entw. II. § 592. Entw. III. § 601. Mot. S. 388, 395—397, 399. Prot. S. 334—339, 562, 563, 725—731.

---

7) Eine entsprechende Anwendung des § 647 enthält § 657.

8) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1, 39 (beide in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4.

§§ 648—659.

1) Das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit hat in der CPO. nicht die Bedeutung, wie im franz. Recht, daß erst der demnächstige Angriff eines Urtheils dessen Vollstreckbarkeit hemmt (vgl. § 645 Anm. 5), sondern die einer ausnahmsweise eintretenden Vollstreckbarkeit von Urtheilen im Gegensatz zu der regelmäßig erst mit der Rechtskraft eintretenden Vollstreckbarkeit. Aber auch in dieser Gestalt bildet sie ein starkes Gegengewicht gegen die unbegrenzte Berufungsfähigkeit aller Urtheile erster Instanz (vgl. Brettner in Busch, Zeitschr. I S. 236, Wach, Vortr. S. 220 ff.).

2) In Betreff der prozessualischen Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist dagegen die CPO. — abweichend vom gemeinen Recht, wonach das Urtheil selbst über seine etwaige provisorische Exekutionsfähigkeit sich nicht ausspricht, vielmehr erst nachträglich in Folge eines Exekutionsgesuchs von dem Exekutionsrichter geprüft wird, ob der Fall einer Ausnahme vorliegt — dem in die Prozeßordnungen von Hannover, Bayern und Württemberg und in die neueren Entwürfe übergegangenen Systeme des franz. Rechts gefolgt, wonach der Rechtsstreit selbst sich auf die vorläufige Vollstreckbarkeit mit erstreckt und dieser Streit daher auch bei Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache zum Austrage zu bringen ist (§§ 653, 654). Wird letztere auf Versäumniß entschieden, so bildet mithin auch die Vollstreckbarkeitserklärung einen Theil des Versäumnißurtheils und ist gleich diesem durch Einspruch und nur im Falle des § 474 durch Berufung anfechtbar.

Eine Schadensersatzpflicht des Klägers im Falle späterer Aufhebung des Urtheils ist nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze begründet (RG. XI S. 415, 422; Förster (Eccius) I S. 334, Hellmann, Lehrb. S. 806, Gaupp III S. 147. A. M. Wach, Vortr. S. 228). Vgl. auch § 805 Anm. 1.

3) Die §§ 648—650 handeln von den Fällen der vorläufigen Vollstreckbarkeit. § 648 zählt diejenigen Kategorien auf, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit regelmäßig und zwar kraft Gesetzes eintritt; § 649 bezeichnet diejenigen Fälle, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit gleichfalls regelmäßig, aber nur auf Antrag Platz greift, und § 650 behandelt die Voraussetzungen, unter welchen auch in anderen Fällen ausnahmsweise und nur auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit auszusprechen ist. — Sämmtliche Paragraphen haben für Urtheile erster und zweiter Instanz (für die letzteren, insoweit sie noch der Revision unterliegen),

mithin der Amts-, der Land- und der Oberlandesgerichte Bedeutung. Eine Ausnahme von den Vorschriften der §§ 648—650 zu Gunsten des Schuldners enthält § 651. Milderungen des Prinzips zu Gunsten desselben enthalten einerseits § 658, andrerseits die §§ 652 Abs. 2, 659, 738 (vgl. Hellwig: Die Verpfändung u. Pfändung von Forderungen S. 117 ff.).

4) Die CPO. hat für Urtheile in Handelssachen und für Urtheile, welche auf Besitzklagen erlassen werden — abweichend von N. E. §§ 886, 884 Nr. 1; vgl. auch Code de proc. art. 439 — besondere Bestimmungen nicht aufgenommen; es ist daher, soweit der § 649 Nr. 4 nicht zutrifft, in Gemäßheit des § 650 im einzelnen Falle zu prüfen, ob ein schwer zu ersetzender oder schwer zu ermittelnder Nachtheil vorliegt, wobei selbstverständlich auf die Natur des kaufmännischen Verkehrs und auf den Zweck der Besitzklagen Rücksicht zu nehmen ist.

5) Eine Vorschrift, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit sich nicht auf die Prozeßkosten erstreckt und wegen dieser nicht erkannt werden darf (Hann. PO. § 409 Abs. 3, Württ. PO. Art. 684 Abs. 4, H. E. § 646 Abs. 3), findet sich in der CPO. nicht; es gilt daher rücksichtlich der Prozeßkosten an sich keine Besonderheit. Soweit mithin nicht ausdrücklich die Verurtheilung in der Hauptsache Voraussetzung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist, wie in den Fällen § 648 Nr. 1, 6 und § 650, ist die letztere auf die Prozeßkosten auszudehnen. (So auch Sarwey II S. 99, 100, Petersen §§ 648—50 I 4, Gaupp III S. 136, 140, Wilm. Levy § 648 Anm. 2, 6, § 649 Anm. 4 a. E., Just im civ. Arch. 68 S. 126 ff., Auerbach in Gruchot, Beitr. XXIX S. 632, Kleiner III S. 14, 15, jetzt auch Hellmann, Lehrb. S. 808. A. M.: Hallbauer in Gruchot, Beitr. XXVII S. 14 ff., welcher aus den Gesetzesmaterialien, die allerdings das Interesse des Klägers in den Vordergrund stellen, herzuleiten sucht, daß der Beklagte keinen Anspruch auf die Wohlthat habe, Siebenhaar S. 614 Anm. * u. A. Vgl. Nordd. Prot. S. 1964, 2100.) Der Prozeßkosten halber kann daher auch ein in der Hauptsache der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes (z. B. den Kläger abweisendes) Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. (A. M. Seuffert § 648 Anm. 3b, weil der Kostenanspruch hier ein selbständiger sei und ein praktisches Bedürfniß hier nicht bestehe. Ersteres ist aber kein Grund, abgesehen von § 648 Nr. 1 und 6, und letzteres ist nicht zuzugeben. Die Eigenthümlichkeit der Sache ergreift hier den Kostenpunkt mit.) Selbstverständlich bedarf es aber, um von dem Urtheil für die Zwangsvollstreckung Gebrauch machen zu können, zunächst der Festsetzung nach § 98 Abs. 2. Wegen § 649 Nr. 4 s. das. Anm. 4.

6) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 7, 28, GO. f. RA. §§ 29 Nr. 4, 30 Nr. 2.

§ 648.

1) „Auch ohne Antrag" — im Gegensatz zu den §§ 649—652. Hierin liegt kein Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime, weil in den hier aufgeführten Fällen der Antrag der Natur der Sache nach schon in der Anstellung der Klage gleichsam enthalten ist; ein Antrag auf Streichung jener Worte ist deshalb von der RTK. wiederholt abgelehnt worden. Vgl. übrigens § 651.

2) Nr. 1: vgl. § 278 Anm. 1. Anerkenntnißurtheile, welche auf eine Feststellungsklage (§ 231) ergehen, begründen die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht, weil sie eine Verurtheilung nicht aussprechen (vgl. § 231 Anm. 10). Wegen des Kostenpunkts ist jedoch vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig. (So auch Seuffert § 231 Anm. 11b a. E. u. 12, § 648 Anm. 1, Gaupp II § 231 Anm. 5; vgl. §§ 648—659 Anm. 5.)

3) Nr. 2: vgl. § 427 Abs. 2. Das bedingte Endurtheil selbst ist niemals vorläufig vollstreckbar (vgl. §§ 425 Anm. 2, 644 Anm. 1, 5).

4) Nr. 3: vgl. § 645 Anm. 4. Die Bestimmung bezieht sich nicht blos auf Versäumnißurtheile, welche auf einen gegen ein Versäumnißurtheil erhobenen Einspruch ergangen sind (vgl. § 310), sondern auf jedes in der nämlichen Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache (also nicht auch in etwaigen Zwischenstreitigkeiten) erlassene Versäumnißurtheil. Wenn also

ein Versäumnißurtheil erlassen war, ist z. B. auch ein in Bezug auf den anderen Theil des Anspruchs in derselben Instanz später erlassenes Versäumnißurtheil vorläufig vollstreckbar (vgl. Wilm. Levy Anm. 5). Demnach liegt in der Nr. 3 zugleich ein wesentliches Korrektiv gegen die weitgehende Zulässigkeit des Einspruchs (vgl. § 310 Anm. 1b).

Auch das im Falle des § 640 ergehende verurtheilende Versäumnißurtheil gehört hierher (s. H. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 282 u. A.).

5) Nr. 4: vgl. §§ 555 ff., 565 ff. Der Zweck des Verfahrens bedingt hier die vorläufige Vollstreckbarkeit, auch wenn das Urtheil unter Vorbehalt der Rechte des Beklagten ergangen ist (vgl. § 562 Abs. 3).

6) Nr. 5: vgl. §§ 805—807, 815.

Die Mot. (S. 454, 455) sagen zur Rechtfertigung dieser Vorschrift:

„Alle Urtheile, durch welche Arreste aufgehoben werden (§§ 805—807), sollen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden; es sind darunter auch diejenigen Urtheile zu verstehen, welche eine Abänderung des Arrestes zu Gunsten des Schuldners enthalten. Erst hiermit wird die Reihe der den Schuldner gegen die Nachtheile einer antizipirten Zwangsvollstreckung schützenden Maßregeln vollständig. — — — — — — — — — — — — — —

„Als Regel muß es auch hier gelten, daß dem Schuldner in keinem Augenblick die Möglichkeit entzogen werden darf, die Entscheidung über den Arrest zu fördern; die Rechtsmittelfrist würde ihn, wie die dem Gläubiger gelassene Frist zur Erhebung der Arrestklage, fesseln. Als Regel kann auch wie bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils nicht die Fortdauer der vorläufigen Maßregel des Arrestes nach dessen Aufhebung durch ein, wenn auch nicht rechtskräftiges Urtheil gelten; nicht die sofortige Aufhebung des Arrestes, sondern die Fortdauer desselben muß durch besondere Umstände gerechtfertigt werden."

Vgl. §§ 808 ff., 815 ff.

Ein Beschluß nach § 813 bzw. § 818, durch welchen ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird, fällt nicht unter § 648 Nr. 5, sondern unter § 702 Nr. 3 (s. Gaupp III S. 138).

Entscheidungen, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen angeordnet bzw. erlassen werden, sind nach ihrer Natur bzw. nach anderweiten Bestimmungen vollstreckbar (vgl. §§ 809 Anm. 2, 817 Anm. 1 a. E.).

7) Nr. 6: Der Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit liegt für die laufenden Alimente, gleichviel ob gesetzliche (§ 749 Nr. 2) oder vertragsmäßige, in der Natur dieser Verpflichtung. Andere laufende Leistungen, z. B. Pensionen, auch die auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 zuerkannten Renten sind nicht als „Alimente" im Sinne der Nr. 6 anzusehen. [So auch RG. I S. 231 u. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 207, ROHG. 22 S. 281, Eger, Komment. z. Haftpflichtgesetz S. 304, Petersen §§ 648—650 II 5, Endemann III S. 119 Anm. 4. Die Ersatzforderung im Falle der Tödtung (§ 3 Nr. 1 das.) rechnen hierher: Mandry S. 451, Seuffert Anm. 8, Stegemann im civ. Arch. 68 S. 28 ff., Schanze das. 69 S. 252. A. M. auch Wilm. Levy Anm. 8 und Kräwel in Böhlau, Mag. IV S. 73.] (Vgl. Preuß. AGO. I 14 § 6 Nr. 1, Code de proc. art. 135 Nr. 7, Württ. PO. Art. 684, Windscheid, Pand. II § 475 Anm. 10, 11, Dernburg II § 297 Anm. 9.)

— „soweit — zu entrichten sind" — Diese Begriffsbestimmung der laufenden Alimente (s. auch § 749 Abs. 4) hängt mit der gesetzlichen Vorauszahlung der Alimentenschuld zusammen. Vgl. Preuß. ALR. I 16 §§ 61—63.

8) Die Anm. 4—6 gelten für Versäumniß- wie für kontradiktorische Urtheile.

Ist die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung unterlassen, so kann nach § 654 durch eine Ergänzung des Urtheils (§ 292) geholfen werden. Eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung hat in den Fällen des § 648 selbstverständlich zu unterbleiben, wenn das Urtheil mit der Verkündung schon rechtskräftig wird (wie z. B. im Falle der Nr. 2, 4—6 ein kontradiktorisches Urtheil des Landgerichts in der Berufungsinstanz oder ein lediglich die Kostenpflicht betreffendes Urtheil irgend einer Instanz).

§ 649. Urtheile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie betreffen:

1. Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;
2. Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im §. 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;
3. Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;
4. andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurtheilung an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark nicht übersteigt; in Betreff des Werthes des Gegenstandes kommen die Vorschriften der §§. 3—9 zur Anwendung.

N. Entw. § 884. Entw. I. § 572. Entw. II. § 592. Entw. III. § 601. Mot. S. 297, 396. Prot. S. 339, 563, 725—731, 745, 746. Prot. 168. Sitzg. S. 8—13.

---

9) Nach § 10 Abs. 4 d. Preuß. AG. z. CPO. sind die Urtheile der Gewerbegerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes der Verurtheilung und ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären; desgl. nach Art. I § 100d Abs. 2 der Gewerbeordnung in der Fassung v. 1. Juli 1883 (S. 177) die Entscheidungen der Innungs-Schiedsgerichte in Streitigkeiten der Innungsmitglieder mit ihren Gesellen und Lehrlingen und nach § 58 Abs. 1 des Ges., betr. d. Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73) Urtheile, welche desfallsige Unterstützungsgesuche betreffen.

§ 649.

1) Die Entwürfe hatten die Urtheile der Amtsgerichte überhaupt, und zwar ohne Antrag, für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Bestimmung fand jedoch in der RTK. lebhaften Widerspruch, und es wurde anfänglich beschlossen, die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht nur von einem Antrage des Gläubigers abhängig zu machen, sondern auch auf die in § 649 Nr. 1—3 hervorgehobenen Fälle zu beschränken. Bei der Revision der zweiten Lesung aber wurde, vorzugsweise um den organisatorischen Bedenken der Bundesregierungen entgegenzukommen, auf Antrag des Abg. Struckmann die Nr. 4 des § 649 hinzugefügt, jedoch mit Beschränkung auf eine Summe von 150 Mark. Schließlich wurde letztere auf Antrag des Abg. v. Puttkamer auf 300 Mark erhöht und außerdem auf Antrag der Abg. Becker und Struckmann beschlossen, die hier angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit auf die Urtheile der Landgerichte auszudehnen. Wegen der Rechtzeitigkeit des Antrags s. § 653, wegen Anwendbarkeit des § 269 s. § 653 Anm. 1 a. E.

2) Die unter Nr. 1—3 aufgeführten Streitigkeiten stimmen vollständig mit den drei ersten Kategorieen derjenigen Streitigkeiten überein, welche nach § 23 Nr. 2 des GVG. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören. [Vgl. das Nähere in den Anm. z. GVG. § 23, wo der eigentliche Sitz der Materie ist; s. auch Cretschmar im civ. Arch. 66 S. 222.]

Die in diesen Streitigkeiten erlassenen Urtheile unterliegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit, gleichviel ob der Gegenstand der Verurtheilung die Summe von 300 Mark nicht über-

§ 650. Urtheile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachtheil bringen würde, oder wenn sich der Gläubiger erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

N. Entw. § 885. Entw. I. § 573. Entw. II. § 593. Entw. III. § 602. Mot. S. 397–399. Prot. S. 339.

---

steigt oder darüber hinausgeht. Sind sie, was nach den §§ 38—40 zulässig, vermöge Prorogation der Parteien ausnahmsweise bei einem Landgerichte anhängig gemacht worden, so unterliegt auch das Urtheil des Landgerichts der vorläufigen Vollstreckbarkeit und ebenso das Urtheil des Oberlandesgerichts in der Berufungsinstanz, insofern in dieser zuerst eine Verurtheilung erfolgt.

Bei Nr. 1—3 spricht der allgemeine Ausdruck „Streitigkeiten" dafür, daß auch die klageabweisenden Urtheile bezüglich der Prozeßkosten der vorläufigen Vollstreckbarkeit unterliegen; Entstehungsgeschichte und Grund des Gesetzes können dagegen nicht in Betracht kommen. (So auch Gaupp III S. 137, 140, Just im civ. Arch. 68 S. 126 ff., Auerbach in Gruchot, Beitr. XXIX S. 623 ff. A. M. Hallbauer das. XXVII S. 24, 25.) Vgl. auch §§ 648, 649 Anm. 5. Anders unten im Falle der Nr. 4.

Die Worte „in den Einschiffungshäfen" beziehen sich nur auf die „Auswanderungsexpedienten" (s. Kleiner III S. 18).

3) Die nicht unter Nr. 1—3 aufgeführten Streitigkeiten, welche nach § 23 Nr. 2 des GVG. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes vor die Amtsgerichte gehören, also Klagen wegen Viehmängel, wegen Wildschäden, Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlaf, unterliegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur insoweit, als bei denselben der Gegenstand der Verurtheilung an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark nicht übersteigt oder einer der in § 648 oder in § 650 aufgeführten Gründe im einzelnen Falle zutrifft.

Bei dem Aufgebotsverfahren (GVG. § 23 Nr. 2 a. E.) kann seiner ganzen Natur nach von einer vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht die Rede sein.

4) Nr. 4: — „vermögensrechtliche Ansprüche" — vgl. § 21 Anm. 2.

— „der Gegenstand der Verurtheilung" — Bei Berechnung des Werths kommt es mithin nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, wie nach § 4, sondern auf den Zeitpunkt des Urtheils an; die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt ein, wenn der dem Gläubiger im Urtheil — auch in einem Theilurtheil — zuerkannte Theil des Streitgegenstandes die Summe von 300 Mark an Geld oder Geldeswerth nicht übersteigt. In der RTK. ist dieses ausdrücklich konstatirt worden (Prot. S. 745). Dagegen kann ein zu einem Betrage von mehr als 300 Mark verurtheilendes Urtheil nicht theilweise, nämlich soweit der Gegenstand der Verurtheilung 300 Mark nicht übersteigt, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. (So auch Gaupp III S. 140, Wilm.-Levy § 649 Anm. 4, Petersen §§ 648—650 II 2.) Vorstehendes gilt auch bei der objektiven und subjektiven Klagenhäufung (Siebenhaar S. 618, Wilm. Levy Anm. 4, Tränkner in Busch, Zeitschr. VII S. 278 u. A.); desgl. von der Widerklage. Werden dagegen die unter Nr. 1—3 aufgeführten Streitigkeiten mit anderen, welche der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht unterliegen, kumulirt und in demselben Urtheil entschieden, so ist die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit für jeden Anspruch getrennt zu prüfen.

Hinsichtlich der Kosten kann, wenn in der Hauptsache eine Verurtheilung nicht erfolgt, aus diesem Grunde auf die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erkannt werden. Dagegen spricht der Ausdruck „Gegenstand der Verurtheilung", welcher, wie der ganze Zusammenhang der Nr. 4 und die Bezugnahme auf § 4 ergiebt, auf die Prozeßkosten nicht bezogen werden kann, sowie der Grund und die Entstehungsgeschichte des § 649 (vgl. §§ 648—659 Anm. 5). [So auch Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert § 648 Anm. 3, Hallbauer a. a. O. S. 14 ff., Hellmann, Lehrb. S. 808, 809, Tränkner a. a. O. S. 258 Anm. 1, 268 Anm. 8. A. M.: Gaupp III

§ 651. Wird glaubhaft gemacht, daß die Vollstreckung des Urtheils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde, so ist in den Fällen des §. 648 auf Antrag des Schuldners auszusprechen, daß dasselbe nicht vorläufig vollstreckbar sei; in den Fällen der §§. 649, 650 ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen.

N. Entw. § 887. Entw. I. § 574. Entw. II. § 594. Entw. III. § 603. Mot. S. 398. Prot. S. 339.

§ 652. Das Gericht kann auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig machen.

S. 140, Boost in Wengler, Arch. 1881 S. 321 ff., Auerbach a. a. O. S. 615 ff., 627 ff., Just a. a. O. S. 123 ff.]

§ 650.

1) „Urtheile" — auch hier ohne Unterschied zwischen kontradiktorischen und Versäumnißurtheilen, zwischen Urtheilen erster und Urtheilen zweiter Instanz, mithin die Urtheile der Amts-, der Land- und der Oberlandesgerichte. Vgl. §§ 648—659 Anm. 3, 649 Anm. 2.

2) — „sind — zu erklären" — Wird der Antrag vom Gläubiger zeitig (§ 653) gestellt, und ist eine der in § 650 bezeichneten Voraussetzungen gegeben, so muß die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden. Vgl. § 654.

3) — „glaubhaft gemacht wird — bringen würde" — Eine Sicherheitsleistung (wie z. B. Hann. PO. § 409 Abs. 2) braucht in diesem Falle nicht nothwendig vom Gläubiger gefordert zu werden. Vgl. jedoch § 652 Anm. 1. Die Glaubhaftmachung ist wegen der prozessualischen Natur der Einrichtung (vgl. § 653 Anm. 2) auch beim Ausbleiben des Schuldners erforderlich (s. Tränkner a. a. O. S. 269, Seuffert § 653 Anm. 2). —

Im Gegensatz zum § 651 („nicht zu ersetzenden Nachtheil") genügt hier ein schwer zu ersetzender oder schwer zu ermittelnder Nachtheil. Letzterer ist z. B. anzunehmen, wenn es zwar wahrscheinlich ist, daß die Nichtvollstreckung des Urtheils für den Gläubiger mit Schaden verbunden sein würde, die Ermittelung der Höhe dieses Schadens aber mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist (z. B. bei einer ferneren unbefugten Benutzung einer Firma oder eines Waarenzeichens).

4) — „wenn sich der Gläubiger erbietet — Sicherheit zu leisten" — eine „cautio de eventualiter restituendo". Hierdurch ist jedem Gläubiger, der ein ihm günstiges Urtheil erwirkt hat, ein Mittel gegeben, zu einer vorläufigen Vollstreckbarkeit zu gelangen. — Ueber die Art der Sicherheitsleistung s. § 647 Anm. 4. Die Höhe ist unter Berücksichtigung der Hauptsumme nebst Zinsen und Kosten vom Gericht festzusetzen; der Gläubiger braucht einen bestimmten Betrag nicht anzubieten. Wegen der Vollstreckung eines Urtheils, in welchem dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung auferlegt ist, vgl. §§ 664, 672 Abs. 2.

5) Der § 650 findet auf den Schuldner, welcher die Verurtheilung des Gläubigers (Klägers) in die Prozeßkosten erwirkt hat, keine Anwendung, weil derselbe vor der Verurtheilung des Letzteren nicht als „Gläubiger" bezeichnet werden kann, wohl aber auf den Widerkläger. (So auch Seuffert § 648 Anm. 3 a. E., Hallbauer a. a. O. S. 26. A. M. in ersterer Hinsicht: Just a. a. O. S. 131, Auerbach a. a. O. S. 625.) Vgl. §§ 648—659 Anm. 5.

§ 651.

Der § 651 stellt (neben dem § 652) das Interesse des Schuldners gegenüber den Vorschriften der §§ 648—650 sicher, schränkt aber diese Sicherstellung in die engsten Grenzen ein („nicht zu ersetzenden Nachtheil"). Vgl. übrigens § 652 Anm. 1 u. 2.

Auf die Fälle der §§ 496 u. 523 findet § 651 keine Anwendung (s. Wilm. Levy Anm. 4).

Wegen der Ergänzung s. §§ 653, 654 Anm. 3.

§ 652.

1) Abs. 1: Derselbe bezieht sich — wie die Mot. hervorheben und der N. E. ausdrücklich

Das Gericht hat auf Antrag dem Schuldner nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

N. Entw. § 888. Entw. I. § 574. Entw. II. § 594. Entw. III. § 604. Mot. S. 398. Prot. S. 339—341.

---

verordnet — auf alle Fälle, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit (an sich ohne vorgängige Sicherheitsleistung) ausgesprochen wird. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 1, Sarwey II S. 105, Endemann III S. 124 u. A. A. M. Siebenhaar S. 119, welcher ihn nur auf die Fälle des § 648 bezieht.) Er handelt von einer seitens des Gläubigers zu bewirkenden Sicherheitsleistung; ob eine solche zu verlangen sei, hängt lediglich vom Ermessen des Gerichts ab („kann"). Ein Zwang zur Erfüllung der Bedingung findet nicht statt; der Nachweis der geleisteten Sicherheit ist vielmehr nur eine Voraussetzung zur Erreichung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (Bülow im civ. Arch. 62 S. 68). In den Fällen des § 651 kann auch nicht mit der Maßgabe des § 652 auf vorläufige Vollstreckbarkeit erkannt werden.

Ueber die Art und Höhe der Sicherheitsleistung vgl. §§ 647 Anm. 4, 650 Anm. 4, über den Nachweis derselben § 672 Abs. 2.

Wegen der etwaigen Ergänzung s. §§ 653, 654 Anm. 3.

2) Der gleichfalls auf alle Fälle der vorläufigen Vollstreckbarkeit sich beziehende Abs. 2 handelt von der dem Schuldner obliegenden Sicherheitsleistung oder Hinterlegung (nämlich des Streitgegenstandes). Diese muß („hat") auf rechtzeitigen Antrag zum Zwecke der Abwendung der Vollstreckung dem Schuldner vom Gerichte gestattet werden, sofern nicht der Gläubiger seinerseits sich zur Sicherheitsleistung erbietet (vgl. §§ 653, 654). In dem letzteren Falle betrachtet das Gesetz das Interesse des Gläubigers, sich die Verfügung über den Streitgegenstand zu verschaffen, als das überwiegende. Selbstverständlich ist übrigens, wie auch die Mot. besonders hervorheben, daß der Gläubiger mit seinem Verlangen nicht durchzudringen vermag, wenn die Voraussetzungen des § 651 vorhanden sind.

> „Denn in diesem Falle muß das Interesse des Schuldners als das stärkere den Ausschlag geben, so daß das Erbieten des Gläubigers zur Sicherheitsleistung zurückgewiesen und von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Umgang genommen werden muß, sei es gegen oder ohne Sicherheitsleistung des Schuldners (vgl. Nordd. Prot. S. 1962, 1963)". (Mot.)

Auch das Erbieten des Gläubigers muß nach § 653 vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung gestellt werden. (So auch Seuffert § 653 Anm. 1, Gaupp III S. 144 u. A.)

3) Der Schuldner hat im Falle des Abs. 2 die Wahl zwischen Hinterlegung des Streitgegenstandes, welche bei Gericht oder einer anderen landesgesetzlich zur Annahme von Depositen bestimmten Stelle (vgl. § 101 Anm. 3) zu geschehen hat, und Sicherheitsleistung (§ 101). (A. M. Kleiner III S. 21, welcher „und" durch „oder" ersetzt wissen will.)

Eine Frist ist nicht bestimmt. Die Vollstreckbarkeit wird erst durch die — vom Schuldner durch eine öffentliche Urkunde nachzuweisende (§ 691 Nr. 3) — thatsächliche Sicherheitsleistung oder Hinterlegung gehemmt; bis zu derselben kann der Gläubiger auf Grund des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils mit der Vollstreckung vorgehen (vgl. § 691 Anm. 3).

Wegen des Einflusses einer nach Abs. 2 erlassenen Anordnung auf die bereits erfolgte Pfändung vgl. § 659, 738.

Hinsichtlich der civilrechtlichen Wirkungen der Hinterlegung und der Sicherheitsleistung vgl. § 709 Anm. 6, Fitting § 79 Anm. 17.

4) Auf die Fälle der §§ 496 u. 523 findet § 652 keine Anwendung; jene Vorschriften lauten ganz unbedingt (vgl. Wilm. Levy Anm. 4 a. E.). Wegen der vollstreckbaren Schuldtitel des § 702 Nr. 3 s. § 702 Anm. 3.

5) Für Preußen bilden nach § 1 der Hinterlegungsordnung die Hinterlegungsstelle die Bezirksregierungen (jetzt auch in der Provinz Hannover), nach § 2 für Berlin eine durch gemeinschaftliche Anordnung des Justiz- und des Finanzministers zu bestimmende Behörde (jetzt

§ 653. Die in den §§. 649—652 erwähnten Anträge sind vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf welche das Urtheil ergeht.

N. Entw. § 889. Entw. I. § 573 Abs. 2. Entw. II. § 593 Abs. 2. Entw. III. § 605. Mot. S. 388, 399. Prot. S. 341, 342, 725—731.

§ 654. Ist der Antrag, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen oder ist in Fällen, in welchen ein Urtheil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so kommen wegen Ergänzung des Urtheils die Vorschriften des §. 292 zur Anwendung.

N. Entw. § 811. Entw. I. § 576. Entw. II. § 595. Entw. III. § 605. Mot. S. 388, 399. Prot. S. 341, 342, 725—731.

§ 655. Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urtheils, welches die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitser-

---

die Ministerial-, Militär- und Bau-Kommission), außerdem nach § 70 zur vorläufigen Verwahrung in dringenden Fällen die Amtsgerichte (s. auch Mot. des Ges. S. 53). Ueber das Verfahren s. §§ 12 ff., 39 das. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 437 ff.)

§ 653.

Vgl. §§ 648—659 Anm. 2.

1) Treten erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, (sei es vor oder nach Einlegung der Berufung) Gründe für die vorläufige Vollstreckbarkeit ein, so müssen dieselben entweder in der Berufungsinstanz, in welcher überhaupt der versäumte Antrag nachgeholt werden kann (vgl. § 656, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 269. A. M. OLG. Celle das. 37 Nr. 165) geltend gemacht werden, oder es ist durch einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung zu helfen (vgl. auch Nordd. Prot. S. 1960). Auch in der Revisionsinstanz ist die Nachholung des Antrags nicht unbedingt unzulässig, wie die Mot. annehmen (Wilm.-Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 653, 654 Nr. 2. A. M.: Sarwey II S. 106, Endemann III S. 126, v. Bülow Anm. 3, Gaupp III S. 145).

2) Die in den §§ 649—652 erwähnten Anträge sind prozessualischen Inhalts; sie unterliegen daher nicht der Vorschrift des § 269 (vgl. § 269 Anm. 1) und fallen mithin auch nicht unter § 300 Nr. 3 (vgl. § 300 Anm. 4; so auch Seuffert Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 807, Brettner in Busch, Zeitschr. I S. 237, Tränkner das. VII S. 257 ff., Fischer im civ. Arch. 70 S. 345, D. J. Ztg. 1884 S. 441 u. A. A. M.: frühere Aufl., Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O. u. §§ 300—302 I 3 a. E., Gaupp III S. 146).

3) Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit des durch Rechtsmittel nicht angefochtenen Theils der Entscheidung vgl. §§ 496, 523.

§ 654.

1) Ist die Frist des § 292 versäumt, so kann die Ergänzung nicht im Wege der Rechtsmittel verlangt werden (vgl. § 292 Anm. 5 a. E. So auch Siebenhaar S. 620, Hellmann III S. 17, Lehrb. S. 807, Wilm. Levy Anm. 1 wenigstens wegen der nur auf Antrag auszusprechenden vorläufigen Vollstreckbarkeit. A. M.: Seuffert Anm. 1, Gaupp III S. 144, Petersen §§ 653, 654 Nr. 2.).

2) Auf die in den §§ 651, 652 erwähnten Anträge ist § 654 zwar nicht ausdrücklich ausgedehnt. Der innere Grund trifft hier aber ebenfalls zu. (So auch Sarwey II S. 107, Wilm. Levy Anm. 1. A. M.: Seuffert Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 808, Endemann III S. 126, 127, Gaupp III S. 142, 146, Kleiner III S. 25, welche für diese Fälle nur Rechtsmittel bzw. Einspruch zulassen wollen.)

Im Falle der Ergänzung des Urtheils kommt § 478 zur Anwendung (vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 243).

klärung aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt.

Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.

N. Entw. § 890. Entw. I. § 575. Entw. II. 596. Entw. III. § 607. Mot. S. 399. Prot. S. 343, 344.

§ 655.

1) Abs. 1: Ein dieser Vorschrift entsprechendes Urtheil hebt, sobald es verkündet, obschon noch nicht rechtskräftig ist, ohne Weiteres die vorläufige Vollstreckbarkeit auf; einer vollstreckbaren Ausfertigung (§ 662) desselben bedarf es so wenig wie einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung, wohl aber der Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung (§ 691 Nr. 1). Vgl. auch § 692.

2) Ein Urtheil, welches die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert, kann entweder in der Berufungsinstanz oder, wenn das vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil ein Versäumnißurtheil war, auf erhobenen Einspruch ergehen. In der Revisionsinstanz hat ein solches Urtheil nur insoweit besondere Bedeutung, als es nach Abs. 1 auch ohne Zustellung in Wirksamkeit tritt (vgl. § 671 Abs. 1).

— „die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung" — Letztere bildet, obwohl sie der ersteren hier entgegengesetzt wird, doch nach den §§ 653, 654 einen Theil des Urtheils und unterliegt daher auch denselben Rechtsbehelfen, wie die Entscheidung in der Hauptsache (vgl. jedoch § 656 Abs. 3).

3) Eine Konsequenz des § 655 Abs. 1 enthalten die Vorschriften der §§ 691 Nr. 1 und 692.

4) Der Abs. 2 ist von der RTK. auf Antrag des Abg. v. Forcade aufgenommen worden. Die dem § 563 Abs. 2 entsprechende Bestimmung (vgl. § 563 Anm. 5) bezweckt, in dem betreffenden Falle die Anstellung einer besonderen Klage von Seiten des Beklagten entbehrlich zu machen, bezieht sich aber so wenig, wie die Vorschrift des § 563, auf den durch die Vollstreckung dem Beklagten etwa außerdem erwachsenen Schaden (vgl. RG. VIII S. 21) oder auf die Zinsen der gezahlten Summe (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 41 Nr. 254); solche Ansprüche sind vielmehr in einem besonderen Prozesse einzuklagen. (Vgl. RG. XI S. 416, Förster (Eccius) I Anh. z. §§ 55, 56 Anm. 6, Entsch. d. preuß. OT. 31 S. 9. Hiergegen vom legislatorischen Standpunkte aus Wach, Vortr. S. 226 ff.) Andrerseits ist unter dem „auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten" nicht nur dasjenige, was zwangsweise, sondern auch, was freiwillig zur Erfüllung des Urtheils gezahlt oder geleistet ist, zu verstehen.

Ueber die Frage der Verurtheilung findet kontradiktorische Verhandlung nach allgemeinen Grundsätzen statt. Der Antrag muß, wie aus der Fassung des Abs. 2 („Soweit — — abgeändert wird, ist — — zu verurtheilen) und aus der Natur der Sache sich ergiebt, in der Verhandlung, auf welche das Urtheil über Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht, gestellt werden (Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 108, Hellmann III S. 18, Gaupp III S. 147, 148, Petersen §§ 655—657 I 2 u. A. A. M.: OLG. Hamburg in Seuffert Arch. 39 Nr. 68, welches mit Unrecht ein arg. e contr. aus § 653 geltend macht, und Endemann III S. 127, 128).

Der Antrag ist auch bei der Einspruchsverhandlung, in der Berufungsinstanz und selbst in der Revisionsinstanz noch zulässig; im Falle der Aufhebung des Berufungsurtheils ist die Sache nach § 528 an das Berufungsgericht zurückzuweisen. (So auch Hellmann III S. 18 u. Lehrb. S. 806, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 655—657 I 2, Gaupp III S. 148, Kleiner III S. 24, jetzt auch Seuffert Anm. 2. A. M.: frühere Aufl., Sarwey a. a. O.)

5) Das auf Grund des Abs. 2 erlassene Urtheil unterliegt, da rücksichtlich desselben besondere Bestimmungen (wie in Abs. 1) nicht getroffen sind, sowohl in Betreff der Vollstreckbarkeit (§ 644) wie der Nothwendigkeit der vollstreckbaren Ausfertigung (§ 662) und der Zustellung (§ 671 Abs. 1) den allgemeinen Vorschriften [vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2 a. E., v. Bülow Anm. 4. A. M. theilweise Gaupp III S. 148, welcher die Verurtheilung sofort mit

§ 656. In der Berufungsinstanz ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Bestimmung des §. 486 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung findet in diesem Falle keine Anwendung.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt.

N. Entw. § 892. Entw. I. § 577. Entw. II. § 597. Entw. III. § 608. Mot. S. 399, 400. Prot. S. 344.

---

der damit verbundenen Verkündung des aufhebenden oder abändernden Urtheils (Abs. 1) für vollstreckbar hält].

6) Bei Berechnung der Revisionssumme ist der Betrag des nach Abs. 2 Erstatteten ohne Einfluß (vgl. § 508 Anm. 3).

§ 656.

1) Die Bestimmung des Abs. 1, welcher, wie die Mot. und die Verhandlungen der RTK. klar ergeben, sich nur auf den Fall bezieht, daß die Vollstreckbarkeit Gegenstand eines Rechtsmittels in der Berufungsinstanz bildet (nicht auch auf den, daß sie daselbst zuerst beantragt wird, wie v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 272 ff. und OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 269 annehmen), hat in dem Interesse seinen Grund, welches die Parteien an der raschen Entscheidung der Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit haben.

2) Die Entwürfe enthielten hinter dem Worte „Vollstreckbarkeit" noch den Zwischensatz „sofern dieselbe nicht den alleinigen Gegenstand der Verhandlung bildet", um auszudrücken, daß die Vollstreckbarkeit auch abgesehen von der Hauptsache einen selbständigen Gegenstand für die Rechtsmittel bilden könne. Dieser Satz ist zwar von der RTK. auf Antrag des Abg. Pfafferott gestrichen, dadurch aber an dem Sinne des § 656 nichts geändert worden. Denn da der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit, gleich den Anträgen zur Hauptsache, einen Gegenstand kontradiktorischer Verhandlung und Entscheidung bildet (§§ 648—659 Anm. 2), so ist eine auf jenen Antrag ergangene Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen über die Berufung (§ 499) auch insoweit der Berufung unterworfen, als sie nicht ausdrücklich von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist (vgl. z. B. Bayer. PO. Art. 701, Württ. PO. Art. 686). Eine derartige beschränkende Bestimmung aber findet sich nirgends; ein Antrag, als Abs. 4 hinzuzufügen:

> „Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils kann für sich allein durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden",

wurde nach erfolgter Streichung jenes Zwischensatzes im Abs. 1 zurückgezogen. Mit dieser Auffassung stimmt offenbar auch die Ansicht des Regierungsvertreters v. Amsberg überein, welcher sich mit der Streichung des Satzes einverstanden erklärte, weil er überflüssig sei. Vgl. Nordd. Prot. S. 1960, 1961. (Zustimmend Fitting § 79 Anm. 22, S. 313, Wach, Vortr. S. 224 ff. S. auch Sarwey II S. 109, Petersen §§ 655—657 II 1, Wilm. Levy Anm. 1, jetzt auch Seuffert Anm. 1 u. A.)

In der Regel wird nun freilich ein Interesse nicht vorliegen, die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit zum alleinigen Gegenstand des Rechtsmittels zu machen. Allein es lassen sich doch derartige Fälle denken, z. B. bei einem Gläubiger, welcher ein in der Hauptsache ihm günstiges Urtheil erwirkt hat, welches aber nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist (vgl. N. E. § 892), oder bei einem Schuldner, welcher die Frage der Vollstreckbarkeit möglichst rasch (vgl. §§ 204, 481) zur Entscheidung zu bringen, für die Hauptsache aber noch längere Zeit zur Ueberlegung und Vorbereitung zu behalten wünscht. (Vgl. auch Wach a. a. O., Gaupp III S. 149.)

Im Wege der Anschließung (§ 482) kann die Vollstreckbarkeitserklärung nicht beantragt werden (vgl. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 37 Nr. 165).

3) Das Berufungsgericht hat die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach allen Richtungen frei nach den Umständen des Falles zu prüfen, ohne, wie die Mot. ausdrücklich

§ 657. Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so finden die Vorschriften des §. 647 entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. § 571. Entw. II. § 598. Entw. III. § 609. Mot. S. 394, 395. Prot. S. 344.

§ 658. Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung u. s. w.) erfolgt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 327–330, 412, 413.

---

hervorheben, an die Auffassung des ersten Richters in Betreff der Hauptsache oder in Betreff der besonderen Voraussetzungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit irgendwie gebunden zu sein (anders Nordd. Prot. S. 1961). Es kann insbesondere die Vollstreckbarkeit aufheben, wiewohl es die Beschwerde des Schuldners in der Hauptsache für unbegründet erachtet.

4) Der Abs. 2 ist eine Konsequenz der Möglichkeit, in der Berufungsinstanz über die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit allein und vorab zu verhandeln.

5) Abs. 3: Die Revision ist ausgeschlossen.

„Die Revision für diesen Streitgegenstand zuzulassen, würde der Vergänglichkeit des Interesse der Parteien an demselben nicht entsprechen. (Mot.)

Der Abs. 3 bezieht sich — im Gegensatz zu den Abs. 1 und 2 — auch auf Fälle, in welchen über die Vollstreckbarkeit in der Berufungsinstanz zum ersten Mal entschieden worden ist. Außer der allgemeinen Fassung des Textes spricht dafür insbesondere auch der aus den Mot. ersichtliche Zweck der Bestimmung. (So auch Endemann III S. 129, Gaupp III S. 150, Petersen §§ 655—657 II 4, Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Hellmann III S. 19, 20.)

§ 657.

1) Der § 657 handelt nur von einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung, ehe über die Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in der Berufungsinstanz nach Maßgabe des § 656 entschieden ist. (A. M. v. Krämel in Busch, Zeitschr. IV S. 273, welcher zu unrichtigen Schlußfolgerungen bezüglich der angeblich ungünstigen Lage des Schuldners gelangt.) Die Einlegung, d. h. die Zustellung, muß dem Gericht nachgewiesen werden. Die bloße Einreichung des Schriftsatzes zur Terminsbestimmung genügt nicht (A. M. Peters in Gruchot, Beitr. XXIX S. 653 ff.), sofern nicht gleichzeitig in anderen als Anwaltsprozessen die Vermittelung des Gerichtsschreibers zur Zustellung in Anspruch genommen wird (vgl. Wilm. Levy Anm. 1).

2) — „ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil" — Einem solchen steht nach § 640 der Vollstreckungsbefehl gleich. Vgl. im Uebrigen § 647 Anm. 2—6.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4.

§ 658.

1) Der § 658 ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommen. Der Zweck ist, denjenigen, gegen welchen das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil gerichtet ist, im Falle der Weiterveräußerung des Grundstücks durch den Obsiegenden, auf dessen Namen dasselbe eingetragen wird, gegen die Folgen des in den neueren Grundbuchsystemen herrschenden Grundsatzes der Oeffentlichkeit des Grundbuchs zu schützen und ihn somit vor einem unersetzlichen oder doch schwer zu ersetzenden Nachtheil zu bewahren.

Unter der „Eintragung" ist hier auch eine Löschung zu verstehen.

2) — „die Eintragung — erfolgt" — Die Eintragung selbst, auf welche unmittelbar erkannt ist, wird nicht verhindert; aber sie erfolgt in einer Weise, welche jeden Dritten deutlich erkennen läßt, daß sie nur eine vorläufige ist, und daß auf Grund derselben ein

§ 659. Ist in Gemäßheit des §. 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so ist gepfändetes Geld oder der Erlös gepfändeter Gegenstände zu hinterlegen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 368—370.

§ 660. Aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

---

sicheres Recht nicht erworben werden kann. Wie diese vorläufige Eintragung später in eine definitive zu verwandeln bzw. zu löschen ist, bestimmen die Landesgesetze; vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. § 89 und hinsichtlich der Löschung den analog anzuwendenden § 19 d. AG. z. CPO.

3) „Vormerkung, Protestation — — — usw." — verschiedene Ausdrücke für die Eintragung zur Sicherstellung in den verschiedenen deutschen Grundbuch- und Hypothekensystemen. Vgl. z. B. für Preußen: Ges. für Neuvorpommern u. Rügen v. 21. März 1868 § 52 (GS. S. 293) („Protestation"), Ges. vom 5. Mai 1872 für das landrechtliche Gebiet §§ 8, 16, 22, 70 (GS. S. 433), Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 §§ 88, 119, 121 (GS. S. 446), Ges. v. 23. März 1873 für das Jahdegebiet §§ 3, 25 (GS. S. 111), Ges. v. 26. Mai 1873 für Neuvorpommern u. Rügen § 20 (GS. S. 229), Ges. v. 27. Mai 1873 für Schleswig-Holstein §§ 19—21 (GS. S. 241), Ges. v. 28. Mai 1873 für Hannover §§ 3, 44 (GS. S. 253), Ges. v. 29. Mai 1873 für Kassel § 11 (GS. S. 273), Ges. v. 30. Mai 1873 für Ehrenbreitstein § 37 (GS. S. 287), Ges. über d. Zwangsvollstreckung in d. unbewegliche Vermögen v. 13. Juli 1883 §§ 7, 126 (GS. S. 131) (sämmtlich: „Vormerkung"). Ob zur Eintragung die Requisition einer Behörde (vgl. § 698 — z. B. des Prozeßrichters nach dem preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 60, 70; AG. z. CPO. § 18) erforderlich, oder ob dieselbe unmittelbar bei der Hypothekenbehörde nachzusuchen ist, bestimmen die Landesgesetze. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 254, Achilles: Die preuß. Gesetze über Grundeigenthum ꝛc. 3. Ausg. S. 320 ff., Bahlmann, Preuß. Grundbuchrecht 3. Aufl. S. 299 ff., Kindel in Gruchot, Beitr. XXIV S. 303 ff.) Für Bayern s. Hypoth. Ges. §§ 27—30, für Sachsen Bürg. GB. §§ 404—407, für Württemberg s. Gaupp III S. 151, 152, für das Gebiet des franz. Rechts Petersen §§ 658, 659 Nr. 1 a. E.

Eine Anwendung des § 658 enthält § 9 Abs. 1 des Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102). Vgl. auch AG. z. CPO. § 17, AG. z. KO. § 2 (Struckmann u. Koch a. a. O. S. 254, 295, 317).

§ 659.

Der nach den Anträgen der Abg. Wolffson u. Hauck von der RTK. aufgenommene § 659 enthält eine Ausnahme von der Regel der §§ 716, 720, wonach gepfändetes Geld bzw. der Erlös aus gepfändeten Gegenständen an den Gläubiger abzuliefern ist. Diese Ausnahme beruht auf der Analogie des § 652 Abs. 2, welcher freilich von der Abwendung der Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urtheil handelt, während hier vorausgesetzt ist, daß der Schuldner die Bedingung nicht erfüllt hat und es deshalb demnach zur Zwangsvollstreckung kommt. Hat der Gläubiger Sicherheit geleistet, so ist zur Anwendung des § 659 nicht Raum. Auch auf die Fälle der §§ 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1 und 690 Abs. 3 ist § 659 nicht auszudehnen. Vgl. auch §§ 738, 716 Abs. 2, 720. Wegen der Wirkungen der Hinterlegung vgl. § 709 Anm. 6.

§ 660.

Literatur: Francke in Busch, Zeitschr. VIII S. 1 ff., 529 ff., Rintelen das. IX S. 191 ff., 457 ff., Wach I S. 223 ff. und Vortr. S. 228 ff., Hellmann, Lehrb. S. 809 ff., Keyßner im Journal du droit international privé IX S. 1 ff.

1) Die CPO. unterstellt, indem sie das Urtheil für einen vollstreckbaren Schuldtitel erklärt,

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

N. Entw. § 896, 897. Entw. I. § 578. Entw. II. § 599. Entw. III. § 610. Mot. S. 400–403. Prot. S. 344.

---

ein inländisches Urtheil. Alle deutschen (ordentlichen) Gerichte sind aber im Verhältnisse zu einander inländische: ihre vollstreckbaren Urtheile sind im ganzen Reiche vollstreckbar (GVG. §§ 157, 161). Den Urtheilen ausländischer, d. h. nicht deutscher, Gerichte ist eine gleiche Vollstreckbarkeit nicht eingeräumt, wie auch völkerrechtlich ein Anspruch auf Vollstreckung richterlicher Urtheile über die Grenzen desjenigen Staates hinaus, dessen Gerichte dieselben erlassen haben, nicht besteht (vgl. Förster (Eccius) I § 45 und die dort angeführte Literatur, Wach I S. 224); ihre Vollstreckbarkeit ist vielmehr, gleichviel ob das Urtheil vor oder nach dem 1. Oktober 1879 erlassen ist (RG. IX S. 368), an besondere formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft; von den ersteren handelt § 660, von letzteren § 661. Hienach richtet sich auch die materielle Rechtskraft ausländischer Urtheile (RG. VIII S. 389). Vgl. § 661 Anm. 10.

Unter „Urtheil" ist hier nicht bloß ein Urtheil im Sinne der CPO., sondern eine jede der Vollstreckung fähige Entscheidung eines ausländischen Gerichts zu verstehen (RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 5 S. 311 [Zahlungsauftrag des österr. Rechts], Seuffert Anm. 2a, Francke a. a. O. S. 30 ff. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 811 u. in Krit. Vierteljahrsschr. XXVIII S. 237); insbesondere ist es auch gleichgültig, ob das Urtheil zu Vollstreckungshandlungen Anlaß giebt (RG. a. a. O. S. 309; s. auch RG. VIII S. 389); dagegen beziehen sich die §§ 660, 661 auf andere vollstreckbare Schuldtitel als gerichtliche Urtheile überhaupt nicht (Francke a. a. O. S. 19, 20), insbesondere nicht auf Urtheile der Verwaltungsgerichte oder ausländische Schiedssprüche (Francke a. a. O. S. 28 ff.; vgl. § 868 Anm 1).

2) Abs. 1: Formelle Voraussetzung ist Aussprechen der Vollstreckbarkeit durch ein Vollstreckungsurtheil eines inländischen Gerichts. In dem Ausdruck „Vollstreckungsurtheil" liegt (vgl. § 119 Anm. 4b), daß eine Vollstreckbarkeitserklärung auf einseitigen Antrag des Gläubigers (Hann. PO. § 534) nicht genügt, daß vielmehr eine zuvorige Anhörung des Schuldners, und zwar in mündlicher Verhandlung, stattfinden muß. Selbst wenn früher nach Staatsverträgen eine einfache Requisition genügte, ist nunmehr ein Vollstreckungsurtheil erforderlich (Prot. S. 446), da dies mit der ganzen Gerichtsverfassung, insonderheit der Gestalt des Zwangsvollstreckungswesens (s. oben S. 699) untrennbar zusammenhängt. (Vgl. § 661 Anm. 11, Endemann III S. 133, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 660, 661 I 1, S. 924, Wach I S. 237 ff., Francke a. a. O. S. 65 ff., jetzt auch Seuffert Anm. 2 u. A.)

Neben der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils ist, da die §§ 660, 661 die Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urtheilen erschöpfend regeln wollen, eine Klage auf Erlaß der Judikationsobligation oder auf Verurtheilung zur Zahlung nach Maßgabe des ausländischen Urtheils (eigentliche actio judicati) nicht zulässig. [So auch RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 5 S. 315 ff. A. M. RG. VIII S. 387, XI S. 374 (in den Gründen)].

3) Abs. 2: „Klage auf Erlassung desselben" — Die Klage (eine eigenthümliche Form der actio judicati), ist nach den allgemeinen Vorschriften zu erheben und weiter zu verhandeln. Sie ist auch als Widerklage zulässig, jedoch wegen der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes (s. Anm. 5) nur beim Gerichte des Abs. 2, und andererseits können ihr gegenüber unter den Voraussetzungen des § 33 Widerklagen erhoben werden (Francke a. a. O. S. 98 ff.). Wegen der Anstellung durch Rechtsnachfolger s. § 661 Anm. 2.

Gegen das Urtheil stehen den Parteien nach allgemeinen Grundsätzen Rechtsmittel bzw. der Einspruch zu. Spricht es die Vollstreckbarkeit aus, so ist es gleichwohl nicht sofort vollstreckbar, sondern in Gemäßheit des § 644 erst nach Eintritt der Rechtskraft, sofern es nicht nach

§ 661. Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen:

1. wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;
2. wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf;
3. wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;

Maßgabe der §§ 648 ff. für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist. (Vgl. auch Francke a. a. O. S. 7 ff., 32 ff., 95.) Die Vollstreckung ausländischer Urtheile ist nach § 204 d. GVG. als Feriensache zu behandeln. Wegen der Vollstreckungsklausel s. § 662 Anm. 2.

4) „Amtsgericht oder Landgericht" — je nachdem der Gegenstand des Rechtsstreits zur amtsgerichtlichen oder zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehört (GVG. §§ 23, 70). Als Gegenstand des Rechtsstreits erscheint hier aber nicht der Gegenstand der ursprünglichen Klage, sondern der der Verurtheilung, soweit daraus die Vollstreckung begehrt wird; dieser ist mithin auch für die Berechnung des Werths maßgebend. Wegen letzterer s. §§ 3—9; es kommt auf den Zeitpunkt der Erhebung der Vollstreckungsklage an. Da es sich eben nur um die Vollstreckung handelt, so gehört die Klage, obwohl das Urtheil Novation nicht begründet, bei den in § 23 d. GVG. bezeichneten Rechtsstreitigkeiten, wenn der Gegenstand der Verurtheilung, wegen dessen die Vollstreckung verlangt wird, 300 Mark übersteigt, zur Zuständigkeit der Landgerichte. (So auch Hellmann III S. 23, 24 u. Lehrb. S. 10, Wilm. Levy Anm. 3, Endemann III S. 132, Petersen §§ 660, 661 I 2 u. A. A. M.: Sarwey II S. 113 Anm. 3, Francke a. a. O. S. 92, 93, jetzt auch Seuffert Anm. 4.) Vor die Kammern für Handelssachen gehören niemals Vollstreckungsklagen (so alle Komm. u. inkonsequenter Weise auch Francke a. a. O. S. 94, 95). Vgl. auch § 765 Anm. 5.

5) — „allgemeinen Gerichtsstand" — vgl. §§ 12—20.

— „bei welchem — — erhoben werden kann" — Dieser Gerichtsstand des § 24 kann nur auf vermögensrechtliche Ansprüche Anwendung finden. Es genügen daher aber auch Forderungen eines im Auslande wohnhaften Gläubigers an einen im Inlande wohnhaften Schuldner (vgl. § 661 Anm. 10; Wilm. Levy Anm. 5. A. M. Endemann III S. 133). Der Gerichtsstand des § 660 Abs. 2 ist ein ausschließlicher (§ 707) und daher der Vereinbarung der Parteien entzogen (vgl. Francke a. a. O. S. 108; s. auch § 661 Anm. 3).

Urkundenprozeß findet nicht statt, da der Gegenstand ein anderer ist (vgl. Anm. 3).

6) Ueber die Vollstreckung der Entscheidungen außerdeutscher Rheinschifffahrtsgerichte bzw. Elbzollgerichte in Preußen s. Preuß. Ges., betr. die Rheinschifffahrtsgerichte, v. 8. März 1879 § 12 (GS. S. 129) und Ges., betr. die Elbzollgerichte, v. 9. März 1879 § 9 (GS. S. 132). (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 129, 138.) Wegen der Konsulargerichte s. Francke a. a. O. S. 121 ff.

7) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, GO. f. RA. § 20.

§ 661.

1) Abs. 1: Im Gegensatze zum franz. Rechte (Code civ. art. 2123, 2128, Code de proc. art. 546; vgl. auch Bayer. PO. Art. 824), wonach der Schuldner bei der Verhandlung über die Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urtheils die Sache selbst zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung bringen kann, aber im Anschlusse an die meisten deutschen Prozeßordnungen (Preuß. AGO. I 24 § 30, Hann. PO. §§ 29, 533 ꝛc.) und an die neueren inter-

4. wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;
5. wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.

N. Entw. § 898. **Entw.** I. § 579. **Entw.** II. § 600. **Entw.** III. § 611. **Mot.** S. 400–403. **Prot.** S. 344–347, 446–449, 469, 563, 564.

---

nationalen Anschauungen (vgl. die von Francke a. a. O. S. 529 besprochenen Schriften von Piggott und Fusinato) stellt die CPO. in § 661 den Grundsatz an die Spitze, daß auch Urtheile ausländischer Gerichte im Inlande als Urtheile anzuerkennen sind und mithin ihrem Inhalte nach einer erneuerten Prüfung nicht unterliegen, und läßt von diesem Grundsatze in Abs. 2 nur bestimmte Ausnahmen zu. Vorausgesetzt ist, daß es sich um ein seiner Natur nach vollstreckbares Urtheil handelt, (RG. IX S. 372, Francke a. a. O. S. 20, Wach I S. 227 Anm. 21. A. M. RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 5 S. 309 ff.), und daß dasselbe in einem bürgerlichen Rechtsstreit erlassen ist (EG. z. CPO. § 3, GVG. § 13). Dahin gehören aber auch z. B. Zahlungsmandate auf Grund der österr. Just.Min.Verordn. v. 25. Juni 1850 (RGBl. S. 52). [So RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 5 S. 311; vgl. § 660 Anm. 1.]

Aus den Ausdrücken „Urtheil und „Entscheidung" folgt ferner, daß richterliche Zwangsvollstreckungsmaßregeln hier nicht in Frage kommen, z. B. Anordnung der Haft behufs Erfüllung der obligatio ad faciendum, Sequestrationsmaßregeln, Anordnung des Arrestes oder einstweiliger Verfügungen (Wach I S. 228. A. M. in letzterer Hinsicht: Francke a. a. O. S. 33, Seuffert § 660 Anm. 3a), ebensowenig rein prozessualische Anordnungen, z. B. des Erscheinens einer Partei, der Vorführung eines Zeugen (Wach a. a. O.). Vgl. auch Anm. 13. — Andererseits ist als vollstreckbares Urtheil nicht bloß eine Entscheidung in der Hauptsache, sondern auch solche über die Kosten anzusehen (RG. IX S. 374, Wach a. a. O.).

2) — „ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung" —

> „Dem inländischen Richter steht keine Kognition über die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung (vgl. Wetzell 2. Aufl. S. 420 ff., Mot. z. P. E. S. 246 Nr. 1), also auch keine Kognition darüber zu, ob bei Abfassung dieses Erkenntnisses die materiellen Gesetze dieses Staates berücksichtigt sind oder nicht. Selbst auf die Frage, ob etwa gebietende oder verbietende Gesetze seines Staats bei Findung des Urtheils verletzt worden sind, darf der inländische Richter nicht eingehen (vgl. Nürnb. Kommiss.-Ber. S. 22, 23)" (Mot.).

S. auch Hann. Prot. XI S. 4088 ff., 4103 ff., 4870, 4912. Dagegen sind die nach Erlaß der Entscheidung entstandenen Einwendungen gegen den Anspruch (s. § 686) bei Abgabe des Vollstreckungsurtheils zu prüfen. Das das Vollstreckungsurtheil erlassende Gericht ist nicht Vollstreckungsgericht im Gegensatz zum Prozeßgericht, sondern selbst Prozeßgericht für den Vollstreckungsanspruch. Auch ist eine Prüfung jener Einwendungen ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der früheren Entscheidung stets möglich (wenngleich nicht immer leicht). [So auch RG. XIII S. 347 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 195, Wach, Vortr. S. 231 ff. u. Handb. I S. 225 Anm. 18, Planck, Lehrb. I S. 110 Anm. 51, Francke a. a. O. S. 12 ff., 81 ff., 95, Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Kleiner III S. 36, Hellmann III S. 27, 28. A. M.: früh. Aufl., Gaupp III S. 156, Petersen §§ 660, 661 II 1, OLG. Dresden im civ. Arch. 68 S. 403, Tränkner das. S. 397 ff., Rintelen a. a. O. S. 191 ff.; Sarwey II S. 115, Anm. 2 verlangt besondere Feststellungsklage.] Ein Gleiches gilt hinsichtlich der Prüfung der nach Erlaß der Entscheidung eingetretenen Rechtsnachfolge (§§ 665, 667, 687). [So auch die obigen Schriftsteller und außerdem Rintelen a. a. O. S. 211 ff., ferner RG. IX S. 368 u. XIII S. 349. A. M.: früh. Aufl., Gaupp a. a. O., Petersen a. a. O. u. A.]

3) Abs. 2: — „ist nicht zu erlassen" — Die unbedingte Fassung weist darauf hin, daß die unter Nr. 1—5 hervorgehobenen Umstände auch von Amtswegen zu berücksichtigen

sind (Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2, Hellmann III S. 24, Francke a. a. O. S. 77 ff. u. A.). Die Bestimmungen sind ausschließliche (vgl. Rintelen a. a. O. S. 191 ff.).

Nr. 1: Diese zur Vermeidung von Verwickelungen getroffene Bestimmung hat besonders denjenigen Gesetzgebungen gegenüber Bedeutung, nach welchen die Rechtskraft des Urtheils zur Vollstreckbarkeit nicht erforderlich ist; sie gilt auch bei Vollstreckungen gegen die Angehörigen des betreffenden fremden Staats. — Ist das Urtheil nur für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann das Vollstreckungsurtheil nicht erlassen werden. Dies gilt namentlich auch von Urtheilen im summarischen Prozesse nach Art des § 562. (So Wach I S. 230, Planck, Lehrb. I S. 105, RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 270 Nr. 15. A. M.: Francke a. a. O. S. 33, anscheinend auch Seuffert § 660 Anm. 3a.) — Die Rechtskraft (nach den Prozeßgesetzen des Auslandes — vgl. Francke a. a. O. S. 32 ff., Wach I S. 229 ff.) im Sinne des § 645 hat der Kläger zu beweisen.

4) Nr. 2: Die Vorschrift entspricht derjenigen des § 159 des GVG. und des § 37 des Reichsges. v. 21. Juni 1869, betr. die Gewährung der Rechtshülfe (BGBl. S. 305) über die Leistung von Rechtshülfe gegenüber den Urtheilen inländischer Gerichte. Die Fassungsänderung der RTK. „nicht erzwungen werden darf" statt „verboten ist" ist lediglich redaktionell. Vgl. dagegen § 867 Nr. 2. Welche Handlungen nicht erzwungen werden können, bestimmt das diesseitige bürgerliche Recht. Es gehören dahin beispielsweise die Vollziehung einer Ehe (s. § 774 Abs. 2), unsittliche Handlungen, Leistungen öffentlichrechtlicher Natur usw. Der Umstand, daß das Urtheil auf einem nach inländischen Gesetzen unklagbaren oder selbst verbotenen Geschäft, z. B. Spiel, beruht, genügt an sich nicht; die Erzwingung der Handlung als solche muß verboten, die Zweckbestimmung muß eine unsittliche sein. (So Seuffert Anm. 4, Endemann III S. 482, Petersen §§ 660, 661 II 3, Sarwey II S. 116 u. A.) Vgl. GVG. § 159 und Mot. z. P. E. S. 244.

5) Nr. 3: Der Grundsatz beruht darauf, daß nur in dem inländischen Prozeßrechte die Grundlage für die Anerkennung der ausländischen Gerichtsbarkeit gefunden werden kann (vgl. Preuß. AGO. I 24 § 30, Mot. z. P. E. S. 244, Wetzell S. 516, Bülow: Dispositives Civilprozeßrecht S. 51 ff., v. Bar: Das internationale Privat- und Strafrecht § 116, Wach I S. 231 ff.). Zu den Vorschriften des inländischen Rechts, nach welchen der inländische Richter die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu beurtheilen hat, gehören auch diejenigen über die Prorogation (§§ 38—40). Dagegen kommt es nicht darauf an, ob ein Eingriff in die Zuständigkeit des ersuchten (Hann. PO. § 29, 533) oder eines anderen inländischen Gerichts vorliegt, oder ob etwa die Gerichte eines anderen ausländischen Staats zuständig waren. Dieses gilt selbst dann, wenn die Vollstreckung gegen Angehörige eben desjenigen ausländischen Staates begehrt wird, dessen Gerichte das zu vollstreckende Urtheil erlassen haben (anders Bad. PO. § 847). Auch die Zulässigkeit des Rechtwegs ist nicht zu prüfen (A. M. Rintelen a. a. O. S. 462, 463), ebensowenig die sachliche Zuständigkeit (s. Seuffert Anm. 5a, Wach, Handb. I S. 230 ff., Rintelen a. a. O. S. 465 u. A.), da die Nr. 3 nach den Mot. und der Entstehungsgeschichte nur die örtliche Zuständigkeit betrifft.

6) Nach der Fassung „die Gerichte desjenigen Staats" usw. und den Mot. scheint es nicht darauf anzukommen, ob gerade das Gericht, welches erkannt hat, nach dem inländischen Recht zuständig war, wenn nur irgend ein Gericht des auswärtigen Staates darnach zuständig gewesen ist. (So RG. im R.Anz. 1885 b. Beil. 4 S. 185, Wach, Vortr. S. 230 u. Handb. I S. 231 ff., bes. Anm. 36, Francke a. a. O. S. 36 ff., Seuffert Anm. 5c, Hellmann, Lehrb. S. 811.) Indessen ist die Beschränkung doch in jenem engeren Sinne gemeint. [So auch Wilm. Levy Anm. 5, Petersen §§ 660, 661 II 4, Endemann III S. 135, Gaupp II S. 158, v. Bülow Anm. 4, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 154, Rintelen a. a. O. S. 457 ff., welcher mit Recht ausführt, daß es sich nicht bloß um Abwendung von Eingriffen in die deutsche Gerichtsbarkeit, sondern auch um den Schutz deutscher Reichsangehörigen

gegen Uebergriffe ausländischer Gerichte handle.] In der RTK. hatte nämlich der Abg. Bähr beantragt, die Nr. 3 dahin zu fassen:

„wenn die thatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit, die letzteren nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts bemessen, nicht vorhanden waren",

um, worauf auch schon die Mot. hinweisen, zum Ausdruck zu bringen, daß der deutsche Richter die Zuständigkeit des ausländischen Richters nicht bloß in abstracto zu prüfen, sondern auch zu untersuchen habe, ob der Richter in concreto zuständig gewesen sei. Der Antrag wurde, nachdem der Regierungsvertreter denselben als den Intentionen des Entwurfs entsprechend bezeichnet hatte (vgl. Mot. S. 402), der Redaktionskommission überwiesen. Diese adoptirte ihn zwar aus redaktionellen Gründen nicht, gab aber folgende von dem Regierungsvertreter und der gesammten Kommission gebilligte Erklärung über den Sinn der Nr. 3 zu Protokoll (Prot. S. 469):

„daß der deutsche Richter die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts nicht allein aus dem Gesichtspunkt zu prüfen habe, ob der auswärtige Richter die richtigen, dem deutschen Rechte entsprechenden Grundsätze über Zuständigkeit angewendet habe, sondern ob auch die Thatsachen, auf welche diese Grundsätze angewendet werden, die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts zu begründen geeignet und erwiesen seien."

Hiernach würden z. B., wenn die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts sich auf das forum contractus gründet, die thatsächlichen Festsetzungen des ausländischen Urtheils über den Ort der Erfüllung für den deutschen Richter nicht maßgebend sein. Es können also auch nova in dieser Beziehung angeführt werden (vgl. Nordd. Prot. S. 1979). (So die oben zitirten Wilm.-Levy usw. mit Ausnahme von Rintelen S. 477, welcher nebst Wach usw. in dieser Hinsicht anderer Ansicht ist. A. M. RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 4 S. 185.) Ein anderer Grundsatz gilt bei Versäumnißurtheilen inländischer Gerichte (vgl. § 296 Anm. 3).

7) Nr. 4: Die hier gegebenen, auf Versäumnißurtheile bezüglichen Vorschriften hängen mit den Grundsätzen unter Nr. 3 eng zusammen.

„Eine Gerichtsbarkeit des ausländischen Richters über den Inländer kann bei mangelnder Einlassung desselben nicht anerkannt werden, wenn weder die Person des Schuldners für das Gericht oder den Gegner unmittelbar erreichbar war, noch die Rechtshülfe für dessen Erreichung rechtzeitig in Anspruch genommen ist" (Mot. S. 402).

— „ein Deutscher ist" — Nach diesem Wortlaut kann es nicht darauf ankommen, ob er es war, als das Urtheil erging (A. M.: Francke a. a. O. S. 39, Seuffert Anm. 6). Der Wohnsitz ist nicht von Erheblichkeit.

— „sich nicht — eingelassen hat" — d. h. bei Versäumnißurtheilen gegen den Schuldner. In dem Vorbringen prozeßhindernder Einreden liegt schon eine Einlassung (s. auch Wach I S. 233 Anm. 42).

— „die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung" — je nachdem nach dem Prozeßrechte des ausländischen Staates die Einleitung des Prozesses durch eine Handlung von Seiten des Klägers oder durch richterliche Verfügung erfolgt. Auf spätere Zustellungen kommt es nicht an (vgl. RG. im R.Anz. 1886 b. Beil. 5 S. 314). Auch muß die Ladung oder Verfügung dem Verurtheilten selbst (nicht etwa dem Rechtsvorgänger) zugestellt sein.

8) — „weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche" — Im Auslande genügt hienach nicht die sogen. Ersatzzustellung (s. §§ 166—169), welche bei der Zustellung im deutschen Reiche durch Rechtshülfe zulässig ist; ebensowenig die öffentliche Zustellung (§§ 186 ff.), wogegen Zustellungen nach Art der §§ 157—164 auch im Auslande ausreichen. (So auch Wach I S. 234, Seuffert Anm. 6.) Inwiefern den auswärtigen Gerichten bzw. auswärtigen Klägern zu dem in Rede stehenden Zwecke Rechtshülfe zu gewähren sei, ist nicht bestimmt. Auf Anfrage in der RTK. erklärte der Regierungsvertreter, es bestehe hier allerdings eine Lücke, welche deshalb nicht ausgefüllt sei, weil man der Reichsregierung bei Regelung dieser Frage durch inter-

nationale Verträge habe freie Hand bewahren wollen. Einstweilen entscheidet sich also die Frage nach dem in den einzelnen deutschen Staaten bisher geltenden Rechte bzw. nach deren Staatsverträgen.

9) Die Nr. 5 (vgl. Francke a. a. O. S. 46 ff.) ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. hinzugefügt worden, um im Interesse der deutschen Staatsangehörigen den Grundsatz der Gegenseitigkeit der Rechtshülfe allen ausländischen Staaten gegenüber gesetzlich festzustellen und dadurch zu bewirken, daß ausländische Staaten sich zur Gewährung der Rechtshülfe gegenüber deutschen Urtheilen und zum Abschluß desfallsiger Staatsverträge veranlaßt finden (vgl. auch Hann. PO. § 29, Württ. PO. Art. 11, Bad. PO. § 848, Oldenb. PO. Art. 337, ROHG. 21 S. 11). Ein anderes Prinzip — von welchem nach den Mot. anscheinend auch die Entwürfe zur CPO. ausgingen, welches aber in dem Texte nicht zum Ausdruck gelangt war — befolgt der § 4 der KO., indem er die Anwendung eines Vergeltungsrechts (Retorsion) gegen die Angehörigen eines ausländischen Staats von der Anordnung des Reichskanzlers unter Zustimmung des Bundesraths abhängig macht (vgl. darüber Mot. z. KO. S. 31 und Prot. der KO.-Komm. S. 89); die RTK. war aber der Ansicht, daß bei Vollstreckung ausländischer Urtheile eine von den Umständen des einzelnen Falls und der jeweiligen politischen Lage unabhängige gesetzliche Regelung vorzuziehen sei.

10) „Gegenseitigkeit — verbürgt“ — Dieses ist, wie in der RTK. konstatirt wurde, nicht bloß dann der Fall, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsvertrag zugesichert oder durch Gesetz des ausländischen Staats außer Zweifel gestellt ist, sondern auch, wenn in der minder feierlichen Form von Deklarationen die gegenseitige Vollstreckung der Urtheile zugesagt ist, oder wenn die auswärtigen Gerichte nach ständiger Uebung thatsächlich die deutschen Urtheile vollstrecken. (Vgl. auch § 106 Anm. 4, StrGB. §§ 102, 103, Ges., betr. die Unzulässigkeit der Pfändung v. Eisenbahnbetriebsmitteln, v. 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131) Abs. 3; RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 123. Eine Rechtsnorm (EG. § 12) verlangen RG. VII S. 409 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 276 sowie Francke a. a. O. S. 70, Seuffert Anm. 7a, Hellmann III S. 26 u. Lehrb. S. 812. Vgl. jedoch Anm. 12.)

In dem Begriffe der „Gegenseitigkeit“ liegt, daß auch die Voraussetzungen, unter welchen der auswärtige Staat die deutschen Urtheile vollstreckt, die gleichen sein müssen oder doch wenigstens nicht strenger sein dürfen. [So auch Endemann III S. 136, Gaupp III S. 159, Seuffert Anm. 7a. A. M.: Sarwey II S. 118 Anm. 9, Wilm. Levy Anm. 7, Petersen §§ 660, 661 II 6, Hellmann, Lehrb. S. 812 ff., Francke a. a. O. S. 46 ff., bes. 60 ff., welcher es für gleichgültig erachtet, wie der ausländische Staat die Zuständigkeit für die Entscheidung über Anträge auf Vollstreckung deutscher Civilrechtssprüche ordnet, aber selbst keine festen Merkmale für die Gegenseitigkeit angiebt, Wach I S. 234 ff., nach welchem nur Gleichheit der materiellen Voraussetzung der Vollstreckbarkeit erfordert wird und für letztere nicht allein die Zuständigkeitsnormen des § 660 Abs. 2, sondern auch die Voraussetzungen des § 661 Nr. 1—4 bedeutungslos sind.] Es genügt z. B. der Umstand, daß ein auswärtiger Staat überhaupt deutsche Urtheile, ohne die Gesetzmäßigkeit derselben nach allen Richtungen hin einer erneuerten Prüfung zu unterziehen, vollstreckt, nicht, um die Vollstreckung eines auf Grund des Gerichtsstandes des Vertrags erlassenen ausländischen Urtheils zu erwirken, wenn der auswärtige Staat diesen Gerichtsstand in Bezug auf Urtheile deutscher Gerichte nicht anerkennt. Vielmehr wird in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob ein auswärtiger Staat ein unter gleichen Voraussetzungen ergangenes Urtheil des angegangenen deutschen Gerichts vollstrecken würde. (Unentschieden läßt die Frage RG. VII S. 406.)

Ob das ausländische Urtheil zwischen Ausländern oder zwischen einem Ausländer oder einem Inländer oder auch zwischen Inländern erlassen worden, ist nach dem Wortlaute des Gesetzes und nach dem dem letzteren zu Grunde liegenden Gedanken gleichgültig. (So auch RG. VIII S. 388, Gaupp III S. 160 u. A. A. M. Siebenhaar S. 626.)

Parallel mit der Vollstreckungsfähigkeit eines ausländischen Urtheils geht die Anerkennung der materiellen Rechtskraft desselben (vgl. Wach I S. 225 ff.) sowie die Einrede der Rechtshängigkeit (Wach I S. 246 ff.). Muß die Vollstreckung verweigert werden, so kann mithin über dasselbe Rechtsverhältniß, über welches im Auslande bereits entschieden ist, von inländischen Gerichten (deren Zuständigkeit vorausgesetzt), ohne daß der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zulässig ist, entschieden werden. (Seuffert Anm. 8, Gaupp a. a. O., Wilm.-Levy Anm. 7 a. E., Wach I S. 226. A. M. Siebenhaar S. 626.) Auch für abweisende Urtheile, welche ja immer eine der Vollstreckung fähige Entscheidung wegen der Kosten enthalten, gilt der gleiche Grundsatz; der Wortlaut des Gesetzes steht nicht entgegen, und die naturgemäße Konsequenz, wenn auch nicht die Rechtsnothwendigkeit, spricht dafür. (So auch RG. VIII S. 385 und die obigen Schriftsteller. Theilweise abweichend Francke a. a. O. S. 112 ff.)

11) Staatsverträge, durch welche die Gegenseitigkeit verbürgt ist, sind nicht blos die vom Deutschen Reiche abgeschlossenen (welche zur Zeit noch fehlen), sondern auch solche, welche ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate abgeschlossen hat. So z. B. zwischen Oesterreich einerseits und Preußen, Bayern, Sachsen andrerseits, Frankreich und Baden 2c. Die Ansicht, daß Rechtshülfeverträge auf dem Gebiete des Civilprozesses zwischen einzelnen deutschen Bundesstaaten und dem Auslande durch § 14 Abs. 1 des EG. z. CPO. aufgehoben seien (Hellmann III S. 27; anders Lehrb. S. 813), ist nicht haltbar, da in § 14 Abs. 1 a. a. O. unter Landesgesetzen nicht auch Staatsverträge zu verstehen sind. Die Aeußerung des Regierungsvertreters in der RTK. (Prot. S. 446) bezieht sich nur auf die absolute Nothwendigkeit, ausländischen Urtheilen im Wege des inländischen Vollstreckungsurtheils die Vollstreckbarkeit zu verschaffen, nicht auf die materiellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit. [Vgl. § 660 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 7, Petersen §§ 660, 661 Nr. 6, v. Bülow Anm. 6, Francke a. a. O. S. 64 ff., Wach I S. 237, 238 Anm. 57 u. A.] Darnach ist es allerdings möglich, daß ein auswärtiges Urtheil von gleichem Inhalt in dem einen deutschen Staat zur Vollstreckung gelangen kann, in dem anderen nicht, weil in dem einen die Voraussetzung der Nr. 5 zutrifft, in dem anderen nicht. (So auch Entsch. d. österr. ob. Gerichtshofes v. 5. Aug. 1880; vgl. Seuffert, Arch. 37 Nr. 79, Francke a. a. O. S. 64 ff.)

12) Ob im einzelnen Falle das Erforderniß der Verbürgung der Gegenseitigkeit vorhanden ist, hat das für die Vollstreckbarkeitserklärung zuständige Gericht (§ 660) ebenso zu beurtheilen, wie das Vorhandensein der übrigen Erfordernisse; der Kläger hat den Beweis nöthigenfalls zu liefern (RG. VI S. 372, Francke a. a. O. S. 79, Wach I S. 238), jedoch nur im Sinne des § 265 (vgl. Seuffert Anm. 7a). Die Beurtheilung kann wegen Unbekanntschaft mit dem in Betracht kommenden, auf das Verhältniß zum Auslande bezüglichen Material für den Richter mit Schwierigkeiten verbunden sein; derselbe wird in geeigneten Fällen bei den vorgesetzten Justizverwaltungsbehörden bzw. den mit Leitung der auswärtigen Angelegenheiten betrauten Behörden sich Auskunft zu verschaffen haben. Nach einzelnen Gesetzgebungen (z. B. Hann. PO. § 29) war er hierzu gesetzlich verpflichtet.

Verbürgt ist hiernach die Gegenseitigkeit gegenüber Oesterreich (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 171 u. im RAnz. 1885 b. Beil. 4 S. 185 Z. 5, OLG. Dresden u. ob.GH. zu Wien in Seuffert, Arch. 41 Nr. 153, Tränkner im civ. Arch. 68 S. 402, DJZtg. 1883 S. 325, 431), Ungarn, Italien, Spanien, einzelnen der Vereinigten Staaten von Amerika (ROHG. 21 S. 14) und einzelnen schweizer Kantonen; nicht gegenüber Frankreich, England (s. RG. VI S. 373, VII S. 406 u. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 276), Rußland (Ostseeprovinzen: OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 37 Nr. 277; dagegen Engelmann: Die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile in Rußland. 1884. S. 5 ff. u. theilweise auch Francke S. 72 ff.), Schweden und Norwegen (RG. VIII S. 385). [Näheres s. bei Wach I S. 239 ff., Francke a. a. O. S. 46 ff., 532 ff., auch Wilm. Levy Anm. 7.] Ueber das Verhältniß zu den russischen

§ 662. Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils (vollstreckbare Ausfertigung).

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gericht anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts ertheilt.

N. Entw. §§ 899, 900. Entw. I. § 580. Entw. II. § 601. Entw. III. § 612. Mot. S. 403, 404. Prot. S. 347—350, 564, 565.

Gerichten s. noch Centralbl. f. d. D. Reich 1883 S. 136, 181, Preuß. JMBl. 1883 S. 49, 192. Die Versagung in einzelnen Fällen (z. B. in den sog. Coupon-Prozessen) ist nicht entscheidend (RG. in Blum, Urth. u. Anm. I S. 203).

13) Die CPO. hat die Frage nicht entschieden, ob der inländische Richter einen dem diesseitigen Rechte nicht entsprechenden ausländischen Vollstreckungsmodus ausführen soll (Mot. S. 403 i. A.). Die Unzulässigkeit, soweit nicht Staatsverträge etwas anderes bestimmen, folgt aber daraus, daß der Richter nach allgemeinen Grundsätzen nur das Prozeßrecht seines Landes anzuwenden hat. (Zustimmend Hellmann III S. 23, Gaupp III S. 161, Francke a. a. O. S. 18, 23.) Vgl. oben Anm. 1, Rechtshülfegesetz v. 21. Juni 1869 § 7, Mot. z. P. E. S. 244, 245.

§ 662.

1) Der Umstand, daß die Ausführung der Zwangsvollstreckung nicht in den Händen des Prozeßgerichts liegt, sondern selbständigen Vollstreckungsbeamten (Gerichtsvollziehern) übertragen ist (§ 674), führt, wie die Mot. hervorheben, dazu, eine bestimmte Form der Ausfertigung des Urtheils zur Voraussetzung des Vorgehens des Gerichtsvollziehers zu machen. Diese Form ist die vollstreckbare Ausfertigung, d. h. die mit einem bestimmten Vermerk, der sog. Vollstreckungsklausel (§ 663), versehene Ausfertigung. Sie wird vom Gerichtsschreiber ertheilt, weil dieser nach § 646 Abs. 1 die Rechtskraft, die regelmäßige Grundlage der Vollstreckbarkeit, festzustellen hat, und weil die Vollstreckbarkeit eines nicht rechtskräftigen Urtheils einer dieselbe aussprechenden Erklärung des Gerichts bedarf (§ 644 Anm. 4), es sich also in der Regel bei Ertheilung dieser Ausfertigung mehr um eine Beurkundung als um eine Entscheidung handelt. Eine Modifikation dieses Satzes s. in § 666, eine Abweichung im Bankgesetz § 51.

Obwohl übrigens nach den Mot. die Form der vollstreckbaren Ausfertigung dem Institute der Gerichtsvollzieher ihre Entstehung verdankt, ist sie doch bei der Allgemeinheit der Fassung des § 662 auch da zum Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlich, wo die letztere ausnahmsweise vom Prozeß- oder Vollstreckungsgericht angeordnet wird. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 1, Drache in Busch, Zeitschr. III S. 296 ff. u. A.) Vgl. auch § 671 Abs. 1.

Wegen der Gerichtsschreibergehülfen vgl. für Preußen Ges., betr. die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber, v. 3. März 1879 § 5 Abs. 2 (GS. S. 99).

2) Die Vollstreckungsklausel ist auch bei für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheilen (§§ 648—659), bei Vollstreckungsurtheilen (§ 660), bei allen übrigen Zwangsvollstreckungstiteln (§§ 702, 703) — bei Vollstreckungsbefehlen, Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen nur im Falle nachher eingetretener Rechtsnachfolge (§§ 704 Abs. 1, 815) — und bei Schiedssprüchen (§ 868) erforderlich. Vgl. auch KO. §§ 152 Abs. 2, 179. Die Klausel ist bei Vollstreckungsurtheilen auf die Ausfertigung dieser zu setzen, da §§ 662 ff. nur von inländischen Urtheilen handeln und eine „Ausfertigung" des ausländischen Urtheils überhaupt nicht vorzuliegen braucht. (So auch Francke a. a. O. S. 10 ff., Wilm. Levy § 660 Anm. 3 a. E., Seuffert § 660 Anm. 4 a. E., Gaupp III S. 161. A. M.: früh. Aufl. u. Petersen §§ 662, 663 Nr. 4.) Ebenso bei Schiedssprüchen (vgl. § 868 Abs. verb. „Aus dem Schiedsspruche").

Eine Form für das Gesuch um Ertheilung der Klausel ist nicht vorgeschrieben; Anwaltszwang besteht nicht (§ 74 Abs. 2; vgl. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 38 Nr. 63). Die Legitimation eines Bevollmächtigten ist vom Gerichtsschreiber von Amtswegen zu prüfen.

§ 663. Die Vollstreckungsklausel:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ertheilt."

ist der Ausfertigung des Urtheils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

N. Entw. § 901. Entw. I. § 581. Entw. II. § 602. Entw. III. § 613. Mot. S. 404. Prot. S. 350.

---

3) Der § 662 wie überhaupt Buch 8 der CPO. findet nach Ansicht des RG. (RG. I S. 233; s. auch Petersen §§ 662, 663 Nr. 1, Gaupp III S. 161) gemäß StrPO § 495 auch auf eine auf Betreiben der Staatsanwaltschaft nach § 495 der StrPO. erfolgende Vollstreckung einer Vermögensstrafe (oder Buße) Anwendung, so daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner gegenüber zur Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht lediglich durch den Auftrag der Staatsanwaltschaft, sondern nur durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung (§ 676) legitimirt ist; es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob der § 495 a. a. O. diese weittragende Bedeutung hat und nicht vielmehr nur für die Art und Weise der Vollstreckung selbst — im Gegensatz zu den formellen Voraussetzungen — die Vorschriften der CPO. einführen will (s. Löwe, Komm. z. StrPO. 3. Aufl. § 495 Anm. 3, Jastrow in Goltdammer, Arch. f. Strafrecht Bd. 33 S. 29ff., welcher theilweise zu demselben Ergebnisse gelangt, wiewohl er prinzipiell dem RG. näher steht, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 108 Abs. 2, 3, Hamb. Instrukt. f. d. GV. § 83 Abs. 2, 3).

4) Abs. 2: Derselbe entspricht dem § 646 Abs. 1. Ist der Rechtsstreit in zwei Instanzen zugleich anhängig (vgl. §§ 502, 503, 562, 563), so ist nach dem Wortlaut des § 662 Abs. 2 der Gerichtsschreiber der höheren Instanz zuständig (Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 330). Im Wiederaufnahmeverfahren ist, auch wenn dasselbe in einer höheren Instanz anhängig gemacht war (vgl. § 547), nach deren Beendigung der Gerichtsschreiber des früheren Prozeßgerichts erster Instanz zuständig (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1118).

Wegen vollstreckbarer Urkunden s. § 705 Abs. 1. Wegen schiedsmännischer Vergleiche und Vergleiche in Feldpolizeisachen s. Preuß. Schiedsmannsordn. § 32, AG. z. CPO. § 12 (Struckmann u. Koch, AG. S. 249).

5) In Bezug auf die Versagung der vollstreckbaren Ausfertigung gilt das zu § 646 Anm. 6 Gesagte; wegen Einwendungen des Schuldners gegen die Ertheilung s. § 668.

6) Die Entscheidung ist (abgesehen von § 666) gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 15 in der Fassung der Nov. v 29. Juni 1881); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 663.

1) § 663 bestimmt die Form der Vollstreckungsklausel.

> „Die Form der Vollstreckungsklausel ist nur in ihren wesentlichen Theilen vorgeschrieben, durch welche sie die vollstreckbare Ausfertigung als solche kennzeichnet und die möglicherweise an verschiedene Parteien zu ertheilenden Ausfertigungen von einander unterscheidet. In diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden. Dahin gehört z. B. die Beschränkung auf einen Theil des Streitgegenstandes, die Bezeichnung des Rechtsnachfolgers der einen oder der anderen Partei, für oder gegen welche die Vollstreckung stattfinden soll, die Konstatirung der Notorietät (§ 665 Abs. 2), die Bezeichnung der produzirten öffentlichen Urkunden (§ 665 Abs. 1) oder des in concreto vorliegenden Rechtsnachfolgerverhältnisses (Erbe, Zedent usw.), die Beschränkung der Vollstreckung auf Sicherheitsleistung, die Bezeichnung der Vollstreckung als einer vorläufigen oder definitiven, falls ein solcher Unterschied von Bedeutung ist" (Mot.).

Auch die Bezeichnung des etwa nach § 694 bestellten Kurators gehört hierher. Statt der obigen Worte können auch gleichbedeutende gewählt werden.

2) Die vollstreckbare Ausfertigung ist auch nöthig, wenn auf Grund des Urtheils Vollstreckungshandlungen nicht vorzunehmen sind (§ 779). [Vgl. RG. im R.Anz. 1886 b. Beil. 5 S. 309.]

§ 664. Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

N. Entw. § 904. Entw. I. § 583. Entw. II. § 603. Entw. III. § 644. Mot. S. 404, 405. Prot. S. 350, 351.

§ 665. Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Gläubigers sowie gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung der §§. 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners ertheilt werden,

---

§§ 664, 665.

1) Den §§ 664, 665 liegt der Gedanke zu Grunde, daß die nach § 674 mit der Ausführung der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher diese Ausführung nur auf Grund eines unbedingt vollstreckbaren und nach allen Richtungen hin bestimmten Urtheils vornehmen sollen (§ 671), so daß sie selbst eine materielle Prüfung der Vollstreckbarkeit nicht mehr anzustellen haben. (Anders Hann. PO. §§ 529, 543; noch weiter gehen franz. R. u. Bayer. PO.) Ist daher die Vollstreckung dem Inhalte des Urtheils nach von dem Eintritt einer durch den Gläubiger zu beweisenden Thatsache (Bedingung) abhängig, so darf — abgesehen von dem Falle, wo die Thatsache in einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung besteht — die Vollstreckungsklausel von dem Gerichtsschreiber vor Eintritt dieser Thatsache überhaupt nicht ertheilt werden und auch dann nur, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. Ist ferner in der Person des Gläubigers oder Schuldners nach Erlaß des zu vollstreckenden Urtheils (gleichviel ob vor oder nach Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung) eine Rechtsnachfolge eingetreten, so kann das Urtheil gegen den Rechtsnachfolger nicht eher vollstreckt werden, als bis eine auf den Namen des Rechtsnachfolgers lautende Ausfertigung von dem Gerichtsschreiber ertheilt worden ist, und diese Ausfertigung darf wiederum nur ertheilt werden, wenn die Rechtsnachfolge entweder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird oder offenkundig ist. Ist nach den §§ 664, 665 die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht zuläſſig, so muß (ex judicato) geklagt werden (vgl. § 667). — Mit den §§ 664, 665 in unmittelbarem Zusammenhange steht der § 671, in welchem die erforderliche Anweisung für den Gerichtsvollzieher, wie in den §§ 664, 665 für den Gerichtsschreiber bzw. Gerichtsvorsitzenden (§ 666) enthalten ist. Die Bedingungen des § 671 müssen erfüllt sein, ehe die Vollstreckung aus der nach §§ 664, 665 ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung beginnen kann.

2) Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 664—666 s. GKG. § 38 Nr. 2 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 664.

1) Von dem Falle, in welchem die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, handelt § 672 Abs. 2; von dem gleichfalls nicht nach §§ 664 zu behandelnden Falle, daß die Vollstreckung vom Eintritt eines bestimmten Kalendertages abhängt, § 672 Abs. 1. — Urtheile, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen, fallen ebensowenig unter § 664 (vgl. § 672 Anm. 2), wohl aber solche, welche die Leistung von einer Vorleistung des Gläubigers abhängig machen.

2) — „öffentliche Urkunden" — vgl. §§ 380 ff. Eine nur hinsichtlich der Unterschriften öffentlich beglaubigte Privaturkunde genügt nicht (RG. XIII S. 330). Von dem Antragsteller kann behufs Führung des Beweises auch der Vorsitzende um die Heranziehung von Urkunden nach § 397 ersucht werden. (A. M. Gaupp III S. 166, welcher nur den Beweis durch Vorlegung von Urkunden zulassen will.)

an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

N. Entw. § 905. Entw. I. § 584. Entw. II. § 604. Entw. III. § 615. Mot. S. 404, 405. Prot. S. 351, 713.

---

§ 665.

1) Abs. 1: Als Rechtsnachfolger kommt auf Seiten des Gläubigers sowohl der spezielle wie der allgemeine Rechtsnachfolger (als solcher ist partikularrechtlich auch der Nachfolger aus der ehelichen Gütergemeinschaft anzusehen) ohne Unterschied in Betracht, auf Seiten des Schuldners nur der allgemeine Rechtsnachfolger unbeschränkt, der spezielle Rechtsnachfolger dagegen nur insoweit, als nach den Vorschriften der §§ 236 und 238 ungeachtet der Veräußerung der in Streit befangenen Sache die Entscheidung auch gegen den Rechtsnachfolger vollstreckbar ist (vgl. §§ 236 Anm. 3, 6; 238 Anm. 1; Wilm. Levy Anm. 5, Jäckel: Die Zwangsvollstreckungsordn. in Immobilien. 2. Aufl. Berlin 1885. S. 108 ff., Krech u. Fischer, Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen. Berlin u. Leipzig 1884. S. 138 ff.)

„Die Veräußerung nach Beendigung des Prozesses ist ausdrücklich der durante lite erfolgten hinsichtlich der Zulässigkeit der Exekution gleichgestellt, womit ein in Preußen zweifelhaft gewordener Satz fixirt wird (vgl. Entsch. d. OTr. 61 S. 415)." (Mot.)

Wegen Veräußerung des Pfandgrundstücks nach erhobener hypothekarischer Klage s. Dernburg I S. 852 Anm. 1; wegen fideikommissarischer Substitution s. Krech u. Fischer a. a. O. S. 169 ff.

Der Konkursverwalter ist nicht als Rechtsnachfolger zu betrachten. Auch ein Wechsel in der gesetzlichen Vertretung oder der Eintritt oder Wegfall einer solchen fällt nicht unter § 665.

2) — „in dem Urtheile bezeichneten" — Aus diesen Worten ist nicht zu folgern, daß es sich nur um eine nach Erlaß des Urtheils eingetretene Rechtsnachfolge handelt. Denn nach § 236 hat eine im Laufe des Prozesses erfolgende Veräußerung oder Zession auf den Prozeß keinen Einfluß (vgl. § 236 Anm. 3), während eine Unterbrechung des Verfahrens nur im Falle des Todes einer Partei (abgesehen von den Fällen der §§ 218 ff.) eintritt (vgl. §§ 217 Anm. 1, 226 Abs. 3, 693 Anm. 1). [So auch RG. VII S. 332, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2, Endemann III S. 142, v. Bülow Anm. 2 u. A. A. M.: frühere Aufl., Gaupp III S. 166, 167, Petersen §§ 664—666 Nr. 2.] Hatte beim Eintritt der Rechtsnachfolge die Zwangsvollstreckung bereits begonnen, so greift § 693 Platz.

Inwieweit der Erwerber eines Handelsgeschäfts (HGB. Art. 22, 23) als Rechtsnachfolger hinsichtlich der Aktiven und Passiven anzusehen, ist streitig. Die herrschende Meinung macht den Uebergang der Geschäftsschulden (nicht bloß der vertragsmäßigen) davon abhängig, daß die Uebernahme des Geschäfts mit allen Aktiven und Passiven öffentlich oder durch Zirkular bekannt gemacht ist, oder daß der Erwerber durch Vertrag mit dem bisherigen Inhaber unter Uebernahme der vorhandenen Aktiven und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen desselben eintritt und das Geschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortsetzt (s. ROHG. 1 S. 66; 2 S. 55, 143; 8 S. 383; 12 S. 159; 16 S. 271; 21 S. 283; RG. II S. 55, VIII S. 64; XV S. 53; vgl. auch v. Hahn, Komm. 3. Aufl. I S. 109, 110, Behrend, Lehrb. d. HR. I S. 207 ff., v. Völderndorff in Endemann, Handb. d. D. Handels-, See- u. W.-R. I S. 190 ff., Gareis, HR. 2. Aufl. S. 60, 63, 64, Bähr, Urtheile d. RG. S. 92 ff.).

Auf die Vollstreckung des gegen eine offene Handelsgesellschaft erlassenen Erkenntnisses ist der spätere Eintritt neuer Gesellschafter ohne Einfluß (HGB. Art. 113). Die Vollstreckbarkeit gegen die Gesellschafter setzt aber die Verurtheilung derselben für ihre Person (das. Art. 112) voraus (s. § 59 Anm. 2; ROHG. 6 S. 416, 9 S. 16, 20 S. 180, 21 S. 130, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 57, Lastig in Endemann, Handb. I S. 394, Renaud, Kommanditges.

§ 666. In den Fällen der §§. 664, 665 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Die Anordnung ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 347–350, 564, 565.

S. 401, 402, v. Hahn a. a. O. S. 404 ff., Behrend a. a. O. S. 527, Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 167, 168, Eccius in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. HR. XXXII S. 13 ff. A. M.: Römer, Abhandl. 1877. S. 149 ff., Siebenhaar S. 529. Gareis a. a. O. S. 159 will es nur darauf ankommen lassen, ob der Name des Gesellschafters in der Firma steht; dies ist aber nicht genügend).

Wegen Vollstreckung des gegen eine Ehefrau gerichteten Urtheils in das Vermögen des Ehemannes s. § 51 Anm. 2, RG. X S. 276, Gaupp III S. 168, Krech u. Fischer a. a. O. S. 160 ff., Jäckel a. a. O. S. 110.

3) Der Gerichtsvollzieher hat sich lediglich nach der Vollstreckungsklausel zu richten:

„Ist in der angegebenen Weise die Vollstreckbarkeit für oder gegen einen Rechtsnachfolger festgestellt, so darf nicht das bloße Bestreiten der Rechtsnachfolge durch den Schuldner den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Zwangsvollstreckung veranlassen; er ist durch die Vollstreckungsklausel gedeckt und hat, sofern keiner der Fälle des § 691 vorliegt, mit der Vollstreckung fortzuschreiten, bis auf gegentheilige Anordnung. Dem Schuldner bleibt nur die Anfechtung der Vollstreckbarkeit in dem durch die §§ 668, 685, 687 vorgezeichneten Wege". (Mot.)

4) Abs. 2: — „offenkundig" — vgl. § 264.

— „öffentliche Urkunden" — vgl. § 664 Anm. 2.

§ 666.

1) Dem von der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann beschlossenen, in zweiter Lesung aber in einigen Punkten modifizirten § 666 liegt der Gedanke zu Grunde, daß in den Fällen der §§ 664, 665 die Entscheidung über die Zulässigkeit der Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung wegen der dabei in Betracht kommenden Rechtsfragen oft mit Schwierigkeiten verbunden sei und daher dem Gerichtsschreiber allein nicht anvertraut werden dürfe, während in den Regelfällen die Prüfung sehr einfach sei (vgl. § 662 Anm. 1). Dem Vorsitzenden — nicht dem Gerichte — (und zwar dem Vorsitzenden der Abtheilung, welcher der betreffende Gerichtsschreiber angehört) ist die Entscheidung hauptsächlich zur Vermeidung von Verzögerungen übertragen worden. — In der Fassung schließt sich § 666 wesentlich dem § 669 an, welcher überhaupt als Vorbild gedient hat.

2) Der Gläubiger hat sich auch in diesen Fällen in Gemäßheit des § 662 an den Gerichtsschreiber zu wenden und Letzterer, sofern er nicht die Ertheilung sofort versagt (nach Sarwey II S. 124 Anm. 1 kann auch die Versagung niemals ohne Anordnung des Vorsitzenden geschehen; vgl. dagegen Seuffert Anm. 1, Hellmann III S. 33 u. Lehrb. S. 818, Gaupp III S. 169), die Anordnung des Vorsitzenden von Amtswegen zu erwirken. Ob und in welcher Form der Schuldner vorher gehört werden soll, hängt vom Ermessen des Vorsitzenden, nicht des Gerichtsschreibers ab. Die in dem Antrage vor „gehört" enthaltenen Worte „mündlich oder schriftlich" sind als selbstverständlich später gestrichen. Vgl. § 669 Abs. 2.

3) Der Abs. 3 ist aufgenommen, um auszudrücken, daß die Anordnung des Vorsitzenden nicht blos ein Internum des Gerichts, sondern eine wesentliche Voraussetzung der Vollstreckbarkeit sei. Aus diesem Grunde ist auch sowohl in den Fällen des § 666 wie in denen des § 669 die Anordnung des Vorsitzenden als die eigentliche Verfügung anzusehen, gegen welche sich der Angriff eines Gläubigers oder Schuldners, der die Versagung bzw. Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung anfechten will, zu richten hat; der Gerichts-

§ 667. Kann der nach den §§. 664, 665 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urtheil auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

N. Entw. — Entw. I. § 585. Entw. II. § 605. Entw. III. § 616. Mot. S. 405. Prot. S. 351.

---

schreiber erscheint hier nur als das ausführende Organ des Vorsitzenden. Hieraus folgt weiter, daß sowohl gegen die die Versagung wie gegen die die Ertheilung aussprechende Anordnung die Beschwerde — und zwar nach § 701 die sofortige Beschwerde — in Gemäßheit der §§ 531, 532 an das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht, nicht an das Gericht, von dessen Vorsitzenden die Entscheidung getroffen ist, gehen muß (vgl. §§ 131 Anm. 2, 532 Anm. 2, 539 Anm. 2). Dieses Ergebniß steht hinsichtlich der Versagung und der Ertheilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen mit dem Inhalt des § 669, welcher besondere Vorschriften hierüber nicht enthält, und hinsichtlich der Versagung der Vollstreckungsklausel mit dem Inhalt des in dieser Beziehung allein in Betracht kommenden § 666 in vollem Einklang.

Dagegen scheinen hinsichtlich der Ertheilung der Vollstreckungsklausel jener Auffassung der Wortlaut des § 668 sowie die Verhandlungen der RTK., welche zu der Aufnahme des § 666 geführt haben, entgegenzustehen. Nach der ganz allgemein gehaltenen Fassung des § 668 nämlich hat es den Anschein, als ob dieser Paragraph sich nicht allein auf diejenigen regelmäßigen Fälle, in welchen der Gerichtsschreiber ohne Mitwirkung des Vorsitzenden die Vollstreckungsklausel ertheilt, sondern auch auf die Fälle des § 666 beziehen solle. Wäre dies richtig, so würde gegen die die Ertheilung der Vollstreckungsklausel aussprechende Anordnung des Vorsitzenden überhaupt keine Beschwerde, vielmehr nur eine Einwendung zulässig, und letztere nicht bei dem im Instanzenzuge vorgesetzten, sondern bei demjenigen Gerichte, welchem der Vorsitzende angehört, geltend zu machen sein (ähnlich wie in dem Falle des § 822 in Verbindung mit §§ 804, 815). Diese Konsequenz aber würde dem die CPO. im Allgemeinen beherrschenden Grundsatze von der Stellung des Vorsitzenden zum Gerichte (vgl. §§ 131 Anm. 1, 2; 532 Anm. 2; Mot. zu § 539) widersprechen und zugleich dazu führen, daß die Harmonie einestheils zwischen den §§ 666 und 669 und anderntheils innerhalb des § 666 zwischen den Fällen, in welchen durch die Anordnung des Vorsitzenden die Vollstreckungsklausel versagt, und denjenigen, in welchen sie ertheilt worden ist, gestört würde. Es könnte dieser Auffassung deshalb nur dann beigetreten werden, wenn eine andere Auslegung des § 668 nicht möglich wäre. Diese Möglichkeit aber ergiebt sich aus der Erwägung, daß die Entwürfe bei § 668 nur Fälle, in welchen der Gerichtsschreiber selbständig die Vollstreckungsklausel ertheilt, vor Augen hatten, und daß, wenngleich bei der Einschaltung des § 666 einzelne Mitglieder der RTK. davon ausgegangen sein mögen, daß § 668 auch auf die durch § 666 getroffenen Fälle Anwendung finde, doch deren Auffassung für die Auslegung des (zudem in der zweiten Lesung veränderten) § 668 nicht maßgebend sein kann, wenn derselben aus dem Zusammenhange des Gesetzes entscheidende Gründe entgegentreten. Deshalb dürfte die Ansicht, daß § 668 sich auf die Fälle des § 666 gar nicht bezieht, den Vorzug verdienen. Wünschenswerth wäre es allerdings gewesen, dieses in § 668 deutlich auszudrücken, zumal auch aus den Mot. zu § 668 (s. das. Anm. 2) sowie daraus Zweifel abgeleitet werden können, daß § 687 a. E. lediglich auf § 668 verweist. [Uebereinstimmend: Puchelt II S. 502 u. Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 334, 335. A. M. rücksichtlich der Versagung und der Ertheilung der Vollstreckungsklausel: Seuffert Anm. 1, Wilm.-Levy Anm. 1, Petersen §§ 664—666 Nr. 3, Hellmann III S. 32 ff. u. Lehrb. S. 818, Fitting § 80 Anm. 7 u. 10, v. Bülow Anm. 3, Endemann III S. 144, Gaupp III S. 169, 170, rücksichtlich der Ertheilung in den Fällen der §§ 664, 665 (nicht 669): Sarwey II S. 124 Anm. 3, Wach, Vortr. S. 243, Kleiner III S. 45.]

4) Die Beschwerde (nicht Berufung) ist auch zulässig, wenn für die Entscheidung die Urtheilsform gewählt wird (RG. im RAnz. 1880 b. Beil. 15 S. 5).

§ 668. Ueber Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei.

N. Entw. §§ 912, 913. Entw. I. § 586. Entw. II. § 606. Entw. III. § 617. Mot. S. 407. Prot. S. 351.

---

§ 667.

Das Verfahren bildet zwar sachlich eine Fortsetzung des früheren Rechtsstreits, ist aber nach einer Erklärung des Regierungsvertreters in der RTK. formell als neuer Prozeß zu behandeln, auch hinsichtlich der Kosten. In diesem Prozesse ist selbstverständlich das in dem früheren Rechtsstreite erlassene Urtheil die rechtskräftige Grundlage; die Klage ist eine actio judicati. Neue, den Anspruch selbst betreffende Einreden, z. B. Zahlung, Kompensation usw., können nur insoweit berücksichtigt werden, als § 686 Abs. 2 es zuläßt. (So Sarwey II S. 126, Gaupp III S. 171, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 667 Nr. 2, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 630. Hellmann III S. 35 u. Lehrb. S. 828 und Rintelen in Busch, Zeitschr. IX S. 205 andererseits wollen nicht einmal die Einwendungen nach Maßgabe des § 686 Abs. 2 zulassen.) Sind sie hiernach nicht angebracht, so können sie noch im Wege der Klage (§ 686) geltend gemacht werden (RG. XI S. 434). Vgl. § 668 Anm. 2.

Statt „Kläger" müßte es heißen „Gläubiger" (vgl. d. Anm. 4 z. Abschn. 1 — oben S. 700).

Nach Aufhebung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners ist für die Vollstreckungsklage das in § 134 Abs. 2 der KO. bezeichnete Gericht zuständig (KO. § 152 Abs. 3).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, GO. f. RA. § 20.

§ 668.

Vgl. die allg. Bem. zu §§ 685—689.

1) Der § 668 behandelt nur solche Fälle, in denen die Vollstreckungsklausel ertheilt ist; in den Fällen, in denen dieselbe versagt ist, findet nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 530, 701 die sofortige Beschwerde statt, welche nach § 539 gleichfalls an das Prozeßgericht geht. Der praktische Unterschied zwischen einer solchen Beschwerde und der Einwendung des § 668, die auch eine Art der Beschwerde darstellt (vgl. die Mot. in Anm. 2), ist der, daß erstere an eine Frist gebunden ist, letztere nicht.

2) Abs. 1: Ueber die Natur der Einwendungen wider die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in den Fällen der §§ 668 und 687 äußern die Mot.:

> „Die Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687) können den Eintritt der Rechtskraft bestreiten oder sich mit Rücksicht auf die §§ 664, 665 auf die Behauptung gründen, daß eine der formellen gesetzlichen Voraussetzungen bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel nicht vorhanden gewesen, daß z. B. die Succession seitens des Gläubigers nicht durch eine öffentliche Urkunde erwiesen oder notorisch sei (vgl. Hann. Prot. XI S. 4204 ff., 4213, 4219 ff.); sie können aber auch materieller Natur sein und ungeachtet des formell gehörig geführten Nachweises die Annahme als irrig angreifen, daß eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe bzw. die bedingende Thatsache eingetreten sei.
>
> In jedem Falle kann der Schuldner die Entscheidung über diese Einwendungen nach Art einer Beschwerde über das Verfahren des Gerichtsschreibers (§ 539) bei demjenigen Gerichte extrahiren, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt hat."

In den ersteren wie in den letzteren Fällen wird auf dem in § 668 vorgezeichneten Wege nur über die Frage entschieden, ob die Vollstreckungsklausel aufrecht zu erhalten sei

§ 669. Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst ertheilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Der Gerichtsschreiber hat von der Ertheilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntniß zu setzen.

Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen.

N. Entw. § 906. Entw. I. § 587. Entw. II. § 607. Entw. III. § 618. Mot. S. 405, 406. Prot. S. 351.

---

oder nicht. Daneben steht aber für die letzteren Fälle — nicht auch für die ersteren, wie von Förster (Eccius) I § 56 S. 325, 326 gegen den Wortlaut des § 687 und den offenbaren Zweck, den Streit über die formellen Voraussetzungen in dem einfachen Wege der Beschwerde endgültig zu erledigen, angenommen wird — dem Schuldner noch der in § 687 angegebene Weg offen, im kontradiktorischen Verfahren vor dem Prozeßgerichte erster Instanz eine materielle Entscheidung über die Rechtsnachfolge oder die bestrittene Existenz der Bedingung herbeizuführen. Einer derartigen Entscheidung gegenüber hat eine zuvor im Wege des § 668 ergangene gerichtliche Entscheidung nur provisorische Bedeutung (vgl. Hann. Prot. XI S. 4203—4251), während eine vom Gläubiger auf Grund des § 667 erwirkte günstige rechtskräftige Entscheidung einer Klage des Schuldners aus § 687 entgegensteht.

3) — „das Gericht — ertheilt ist" — nach § 662 Abs. 2 in der Regel das Prozeßgericht erster, ausnahmsweise dasjenige einer höheren Instanz. Je nachdem das fragliche Gericht ein Kollegialgericht oder ein Amtsgericht ist, findet Anwaltszwang statt oder nicht (§ 74). [So auch Seuffert Anm. 2, Gaupp III S. 173, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 668 Nr. 2 u. A. A. M.: Endemann III S. 147 und v. Bülow Anm.] Gegen die gerichtliche Entscheidung findet nach § 701 sofortige Beschwerde statt.

Ueber die Ertheilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden in den Fällen der §§ 664, 665 vgl. § 666 Anm. 3.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881) § 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

4) Abs. 2: Da das Gericht der Sache nach die Stellung eines Beschwerdegerichts hat, entspricht der Abs. 2 den Vorschriften des § 535. Ueber die Natur der mit einer „einstmaligen Verfügung" im Sinne der §§ 814 ff. nicht zu verwechselnden „Anordnung" vgl. § 535 Anm. 4. Ueber Einstellung oder Fortsetzung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung vgl. §§ 647, 657; s. auch Rechtshülfegesetz § 9. Die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln dürfen nicht aufgehoben werden. (Anders nach §§ 647, 657, 688 Abs. 1, 690 Abs. 3.) Vgl. auch § 685 Abs. 1. Die Anordnung wird in Gemäßheit des § 691 Nr. 2 vollzogen. Sie bedarf keiner Vollstreckungsklausel.

5) Für Preußen gilt nach §§ 9, 10 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102) der § 669 auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen. Vgl. auch KO. § 134 Abs. 6.

§ 669.

1) Die hier gegebenen Vorschriften dienen zur Sicherung des Schuldners gegen wiederholte Zwangsvollstreckungen auf Grund desselben Urtheils. Die Gründe, aus denen eine weitere vollstreckbare Ausfertigung ertheilt werden darf, sind im Gesetze nicht angegeben und unterliegen daher dem vernünftigen Ermessen des Vorsitzenden. Der Verlust der ersten Ausfertigung (Hann. PO. § 530 Abs. 2) ist nicht der einzige hier in Betracht kommende Fall; ein anderer ist z. B. der Wegfall einer in der ersten Klausel enthaltenen Beschränkung (§ 664); nach den Mot.

§ 670. Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Urschrift des Urtheils zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung ertheilt ist.

N. Entw. § 907. Entw. I. § 588. Entw. II. § 608. Entw. III. § 619. Mot. S. 406. Prot. S. 351.

§ 671. Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urtheil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urtheil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Hängt die Vollstreckung eines Urtheils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache ab oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urtheils für die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Gläubigers oder gegen die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Schuldners, so muß außer dem zu vollstreckenden Urtheil auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden ertheilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn derselben zugestellt werden.

N. Entw. — Entw. I. § 593. Entw. II. § 609. Entw III. § 620. Mot. S. 390, 391, 404, 405, 410, 411. Prot. S. 351.

---

ist auch das Bedürfniß des Gläubigers, mehrere Ausfertigungen zu haben, zu berücksichtigen, damit er eine Zwangsvollstreckung an verschiedenen Orten, insbesondere auch gegen verschiedene Schuldner ausführen kann.

2) Der Einfachheit der Sache wegen ist auch hier die Entscheidung dem Vorsitzenden übertragen, von dessen Ermessen („kann") es abhängt, ob und in welcher Form der Gegner gehört werden soll.

„In allen nicht unbedenklichen Fällen wird der Vorsitzende von dem Rechte, den Schuldner zu hören, Gebrauch machen" (Mot.).

3) Abs. 3 u. 4 schützen gegen den Mißbrauch für den Fall, daß der Gläubiger in Folge der Ertheilung einer weiteren Ausfertigung mehrere Ausfertigungen in Händen hat. — Die Entscheidung wird „verkündet", wenn der Anordnung eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist (§ 294 Abs. 1); in allen anderen Fällen ist sie von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Uebrigens genügt auch eine formlose Mittheilung („in Kenntniß zu setzen").

4) Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden, durch welche die Ertheilung der weiteren Ausfertigung angeordnet oder versagt wird, ist nach § 701 die sofortige Beschwerde zulässig, welche nach §§ 531, 532 an das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht geht. Vgl. § 666 Anm. 3. (So auch Kleiner III S. 52, Möller in Busch, Zeitschr. V S. 297 ff. A. M.: Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann III S. 38, Petersen §§ 669, 670 Nr. 2, Fitting § 80 Anm. 11, v. Bülow Anm. 3 u. A., welche auch hier sich für eine Provokation an das Gericht, dessen Vorsitzender die Anordnung getroffen hat, aussprechen.)

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 2 (in der Fassung der Novelle v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 24, 32.

§ 670.

Die Bemerkung ist eine Obliegenheit des Gerichtsschreibers (Mot. S. 406). Vgl. auch §§ 286, 288, 294.

§ 671.

Vgl. die allg. Bem. zu §§ 664, 665.

1) Abs. 1: Der § 671 gilt — gleich den §§ 672, 673 — da er sich unter den allgemeinen Bestimmungen findet, für alle Arten der Zwangsvollstreckung (vgl. § 662 Anm. 1), auch für

Arreste (RG. VI S. 388) einschließlich der Arrestpfändung von Forderungsrechten (RG. VIII S. 49 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 74 II, OLG. Stuttgart das. Nr. 74 I). Vgl. auch §§ 808 Anm. 1, 809 Anm. 3.

— „beginnen" — Der § 671 regelt, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bemerkte, nur die Erfordernisse für den Beginn der Zwangsvollstreckung; für die Fortsetzung derselben sind die Vorschriften der §§ 693, 694 maßgebend. Indessen sind letztere nicht erschöpfend (vgl. z. B. § 693 Anm. 1 a. E., Hellmann III S. 39, Gaupp III S. 177). Der Zeitpunkt des Beginns ist derjenige, in welchem der Gerichtsvollzieher, welcher nach § 674 die Zwangsvollstreckung in der Regel zu bewirken hat, zuerst thätig wird (vgl. z. B. §§ 712 Abs. 1, 732, 769 Abs. 1, 771 usw.) bzw. für die Ausnahmefälle (z. B. §§ 729, 755) das Vollstreckungsgericht die Zwangsvollstreckung anordnet. (So auch Voß in Bödiker, Mag. II S. 134 ff., 144 ff., Wilm. Levy § 693 Anm. 1, RG. XII S. 381. A. M. für die Pfändung von Forderungen Seuffert in Busch, Zeitschr. III S. 353 u. § 693 Anm. 1b, nach welchem die Vollstreckung erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Dritten beginnt.)

Andere als die in den §§ 671—678 hervorgehobenen Gründe, welche den Beginn der Zwangsvollstreckung hemmen, sind nicht zu berücksichtigen. Insbesondere treten nach § 14 Nr. 4 des EG. z. CPO. alle landesgesetzlichen Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urtheilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfristen zu gewähren, außer Kraft.

2) — „in dem Urtheile — namentlich bezeichnet sind" — Der Gerichtsvollzieher soll nicht darüber befinden, ob die Personen, gegen welche das Urtheil lautet, und diejenigen, gegen welche die Zwangsvollstreckung beantragt wird, identisch sind, sofern nicht die Namen übereinstimmen. Dieses gilt namentlich von dem Falle des § 665.

3) — „das Urtheil" — d. h. in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift (vgl. § 156 Anm. 2). Eine vollstreckbare Ausfertigung ist nur in den Fällen des Abs. 2 erforderlich (vgl. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 270). Vgl. § 675.

— „bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird" — Die Zustellung dient dazu, dem Schuldner von dem vollstreckbaren Titel vor Beginn der Zwangsvollstreckung Kenntniß zu geben und ihm so die Möglichkeit zur Erhebung von Einwänden und zur Herbeiführung der Einstellung der Vollstreckung zu verschaffen. Sie erfüllt demnach wenigstens theilweise den Zweck des abgeschafften Befriedigungsgebots (Zahlungsgebot, monitorischer Zahlungsbefehl, Vollstreckungsgebot, executoriales) und hat daher — namentlich auch bei Arrestbefehlen und anderen richterlichen Beschlüssen, welche zur Vollstreckbarkeit der Klausel nicht bedürfen — einen zwingenden Charakter zum Schutze des Schuldners („darf nur"); ein Verstoß gegen dieselbe macht die Vollstreckung ungültig (vgl. RG. VI S. 388). Auch eine nachträgliche Zustellung kann die vorangegangenen Pfändungshandlungen nicht gültig machen (A. M. RG. in Jur. Wochenschr. 1882 S. 116, 1884 S. 49).

Die Zustellung muß an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen (vgl. § 162 Anm. 2). Die Zustellung an den Schuldner selbst ist ungenügend (s. Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 3, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 109, Kühning das. VIII S. 519 ff.). Einer Wiederholung der Zustellung des Urtheils bedarf es aber für die Fälle des Abs. 2 nicht, wenn dasselbe dem darin bezeichneten Schuldner bereits gehörig zugestellt war.

— „gleichzeitig" — Der Ausdruck ist nicht im striktesten Sinne aufzufassen; auch Handlungen, welche Zug um Zug erfolgen, können für gleichzeitig erachtet werden, selbst wenn eine meßbare Zeit zwischen ihnen vergeht.

4) Der Abs. 2 handelt von den Fällen der §§ 664, 665. Eine Zustellung der Vollstreckungsklausel und einer Abschrift der öffentlichen Urkunden (s. § 664 Anm. 2) ist für diese Fälle aus denselben Gründen geboten, wie die Zustellung des Urtheils selbst für alle Fälle. Vgl. auch § 672 Abs. 2.

§ 672. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

N. Entw. — Entw. I. § 593. Entw. II. § 610. Entw. III. § 621. Mot. S. 404, 405, 411. Prot. S. 377, 378.

---

§ 672.

1) Den Eintritt des Kalendertages — sei es unmittelbar oder mittelbar nach Ablauf einer bestimmten Frist (vgl. Wilm. Levy Anm. 1, Schneider im civ. Arch. 66 S. 283) — (z. B. bei der Kündigungsklage — vgl. §§ 231 Anm. 11, 555 Anm. 1, Dernburg I S. 274 Anm. 8) sowie den Nachweis der Sicherheitsleistung hat der Gerichtsvollzieher selbst zu beurtheilen; die Vollstreckungsklausel ist mithin — abweichend von den Fällen der §§ 664, 665 — ohne Rücksicht auf jene Umstände von dem Gerichtsschreiber zu ertheilen. Vgl. § 664 Anm. 1.

Auch die Vorschriften des § 672 haben zwingenden Charakter („darf — — nur"). Vgl. § 671 Anm. 3.

2) Die CPO. enthält keine Bestimmung über die Vollstreckung von Urtheilen oder Schuldtiteln, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen. Die Mot. bemerken in dieser Hinsicht:

> „Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach Civilrecht und die Erfahrung lehrt, daß besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht erwachsen. Hervorzuheben bleibt nur, daß derartige Fälle nicht unter die Bestimmung des § 664 fallen, die Ertheilung der Vollstreckungsklausel mithin nicht versagt werden kann, weil der Gläubiger seinerseits nicht vorgeleistet hat.

Ein Antrag des Abg. Bähr dahin:

> „Hängt die Vollstreckung von einer dem Gegner obliegenden Gegenleistung ab, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, nachdem der Schuldner unter Angebot der Gegenleistung aufgefordert worden ist, Zahlung zu leisten. Auch muß für den Fall der Durchführung der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung dem Gegner zur Verfügung gestellt bleiben"

wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von den Regierungsvertretern und mehreren Abg. geltend gemacht worden war, wegen der Mannigfaltigkeit der hier in Betracht kommenden Fälle sei eine Lösung durch eine generelle prozessuale Vorschrift nicht möglich. Es ist darnach alles der Beurtheilung des Gerichtsvollziehers (bzw. des auf die Einwendungen einer der Parteien nach § 685 bzw. § 686 eintretenden Gerichts) im einzelnen Falle überlassen. [Vgl. Siebenhaar S. 627 Anm.*, Wilm. Levy § 664 Anm. 1, Seuffert § 664 Anm. 2, Sarwey II S. 131, v. Bülow § 664 Anm. 3, Kleiner III S. 56, Gaupp III S. 180, Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 739 ff., Dernburg II S. 111 Anm. 6, Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 331, RG. im RAnz. 1880 b. Beil. 15 S. 5, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 37 Nr. 278. A. M.: Fitting § 80 Anm. 3 u. im civ. Arch. 61 S. 436, Wach, Vortr. S. 236, Weismann, Feststellungsklage S. 127, Hellmann III S. 30 ff. u. Lehrb. S. 819, welche entgegen den Mot. und der Auffassung der RTK. auf Grund des Wortlauts des § 664 und der Tendenz des Gesetzes, den Gerichtsvollzieher jeder materiellen Prüfung des Urtheils zu entheben, die Ansicht vertreten, daß eine Verurtheilung zur Leistung gegen eine Gegenleistung unter die Regel des § 664 falle.]

3) Bei alternativen Leistungen muß, wenn dem Gläubiger nicht ausdrücklich die Wahl gelassen ist, dem Schuldner gestattet werden, sich durch die Leistung jeder der Alternativen zu befreien.

§ 673. Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem von derselben die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat.

Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bescheinigen.

N. Entw. — Entw. I. u. II. Entw. III § 622. Mot. S. 391, 411. Prot. S. 353, 377–383, 565.

§ 674. Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

Der Gläubiger kann wegen Ertheilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

N. Entw. §§ 908, 961. Entw. I. § 589. Entw. II. § 611. Entw. III. § 623. Mot. S. 388, 389, 411. Prot. S. 353.

---

§ 673.

1) Statt der im Anschluß an das preuß. Recht [Kab.-Ordres v. 4. Juni u. v. 8. September 1822 (GS. S. 209) in den Entw. III aufgenommenen Bestimmung, wonach der Beginn der Zwangsvollstreckung von der Weisung (sog. Paritionsordre) der Militärbehörde abhängig war, hat die RTK. auf Antrag der Abg. Klotz und Herz die jetzige Vorschrift angenommen, nach welcher, allgemeinen Grundsätzen über die Selbständigkeit der Gerichte entsprechend, die Durchführung der Zwangsvollstreckung von dem Willen der Militärbehörde völlig unabhängig gemacht und nur im Interesse der militärischen Ordnung dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt ist, von der Zwangsvollstreckung der vorgesetzten Militärbehörde Anzeige zu machen (auch bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke — s. Prot. S. 378). Anders in den Fällen der §§ 343, 345 Abs. 4, 355 Abs. 4, 374 Abs. 3, 793; vgl. auch § 699 (Zwangsvollstreckung in Kasernen).

2) Die Anzeige ist Bedingung des Beginns der Zwangsvollstreckung. Der Gerichtsvollzieher darf daher nicht eher gegen den Schuldner vorschreiten (§§ 674 ff.), als bis er selbst namens des Gläubigers die Anzeige gemacht hat oder ihm vom Gläubiger der Nachweis der Anzeige erbracht ist (vgl. Preuß. Gesch.A. f. d. GV. § 55 Nr. 3). Dieser Nachweis wird in der Regel durch die Empfangsbescheinigung (Abs. 2) geführt, kann aber auch auf andere Weise erbracht werden. Eine bestimmte Frist braucht zwischen der Benachrichtigung und dem Beginn der Zwangsvollstreckung nicht zu liegen.

3) — „eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson" — vgl. §§ 14 Anm. 1, 158 Anm. 2, 343 Anm. 2 u. 3.

4) — „vorgesetzte Militärbehörde" — Nach den in § 345 Anm. 5 angeführten Bestimmungen ist der Begriff hier der gleiche wie der dort angegebene.

§ 674.

1) Abs. 1: vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 2 sowie zum Buch 1 Abschn. 3 Titel 2 und § 152 Anm. 2 u. 3. — Ueber die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher vgl. GVG. § 155, über die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amts ausgeschlossen ist, § 156 das.

Die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers ist eine doppelte. Auf der einen Seite ist er Mandatar des Gläubigers. Das Gesetz hebt ausdrücklich hervor, daß die Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung im Auftrage des Gläubigers bewirken. Es ist dies eine der Konsequenzen des Parteibetriebs (s. oben S. 699).

„Aus der Selbständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen. Lediglich zur geschäftlichen Erleichterung, nicht zur Veränderung des Rechtsverhältnisses dient die

zugelassene Mitwirkung des Gerichtsschreibers — — —. Der Umfang der aus dem Auftrage fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers ist, analog derjenigen des Prozeßbevollmächtigten (§§ 77, 79), mit Berücksichtigung der veränderten Sachlage bestimmt.“ (Mot. S. 411.)

In erster Linie ist hiernach für das Verhältniß zum Gläubiger sowohl wie zum Schuldner und zu Dritten [s. § 676 und die §§ 716, 720] das Auftragsverhältniß maßgebend. Dessen ungeachtet ist der Gerichtsvollzieher zugleich öffentlicher Vollstreckungs-Beamter. Als „Beamter“ bezeichnet ihn ausdrücklich GVG. § 155. Vgl. auch Str.GB. § 113. Aber er folgt nur dem Gesetze und den demselben nicht widersprechenden Weisungen seines Machtgebers. Das Gericht hat ihn nur zu beaufsichtigen und in den seiner Entscheidung gesetzlich vorbehaltenen Fällen (§§ 685 ff.) zu rektifiziren, nicht zu leiten (s. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 46). [Vgl. auch RG. IX S. 361 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 70, OLG. Dresden im civ. Arch. 68 S. 415, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 358, Wach, Vortr. S. 239 u. Handb. I S. 317 ff., 322 ff., Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 1, A. Förster I S. 252, Sarwey II S. 132, Gaupp III S. 182, Dernburg II S. 865 Anm. 28, Schulze, Privatr. u. Proz. I S. 70, Mandry S. 341 Anm. 18, Rudolph in Jahrb. f. Dogm. XX S. 382 ff., Jastrow im civ. Arch. 68 S. 358 ff., Kühne in Gruchot, Beitr. XXIII S. 504 u. A. A. M.: Planck, Lehrb. S. 136 u. Förster (Eccius) II § 141 S. 354 Anm. 3, § 154 S. 534 Anm. 3, welche trotz der historischen Entwickelung des Instituts und im Widerspruch mit den angeführten Vorschriften der CPO. den Gerichtsvollziehern die Rechtsstellung des Mandatars gänzlich absprechen und sie lediglich als Träger staatlicher Befugnisse behandeln. Der von Letzterem angeführte § 41 Nr. 9 d. KO. ist weder nach der einen noch nach der anderen Richtung hin entscheidend; das Pfändungspfandrecht ist ein Pfandrecht eigenthümlicher Art. Auf gleicher Seite stehen jedoch Nessel in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 97 ff., Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 123 ff. u. theilweise RG. X S. 233. Von ähnlicher prinzipieller Auffassung ausgehend, betrachtet Voß in Gruchot, Beitr. XXIII S. 240 ff. u. im civ. Arch. 66 S. 180 ff. die §§ 716, 720 d. CPO. nur als Ausnahmen.]

Dieser Auffassung entsprechend haftet der Gerichtsvollzieher für den aus Pflichtvernachlässigungen (Handlungen oder Unterlassungen) erwachsenen Schaden gegenüber dem Gläubiger nach den Regeln des Auftrags, nicht nach den Grundsätzen über Haftung der Beamten (vgl. z. B. Preuß. ALR. II, 10 § 91). [So auch die noch ungedruckte Entscheidung der verein. Civils. d. RG. v. 10. Juni 1886, RG. (3. C.S.) IX S. 363 u. X S. 361, Jastrow a. a. O. S. 358 ff., 375 ff. A. M.: RG. (4. C.S.) X S. 233 u. im Preuß. JMBl. 1884 S. 213, Nessel a. a. O. S. 90 ff., bes. 97 ff., dem gegenüber in Betracht kommt, daß der Gläubiger zwar nicht selbst pfänden kann, wohl aber den von der Staatsgewalt mit der Pfändungsbefugniß im Allgemeinen ausgestatteten und zur Verfügung der Parteien gestellten Gerichtsvollzieher mit der Pfändung im einzelnen Falle beauftragt].

Wegen der Haftung des Staats für den durch dienstliche Unterschlagungen der Gerichtsvollzieher verursachten Schaden s. §§ 675, 676 Anm. 1 u. RG. (3. C.-S.) X S. 206, welches die Frage nach gem. Recht verneint.

Auf Grund des Auftragsverhältnisses haftet dem Gerichtsvollzieher der Gläubiger für Gebühren und Auslagen; vgl. GO. f. GV. §§ 18—20 (s. auch § 152 Anm. 2). Ueber die Gebühren des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung s. das. §§ 4—12 (die §§ 4, 11 in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), die Auslagen §§ 13, 14, die Reisekosten § 17 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881). Gebühren und Auslagen, welche der Gerichtsvollzieher überflüssiger Weise verursacht, ist der Gegner niemals zu ersetzen verpflichtet (s. § 87 Abs. 1).

2) — „soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist“ — vgl. §§ 678 Abs. 3, 684—690, 698—700, 710, 729 ff., 754, 755, 759 ff., 773 ff., 780 ff., 789, 793, 799 ff., 816.

Wegen der Geldforderungen an den Fiskus usw. vgl. d. allg. Bem. z. Abschn. 2 unter 2.

3) Bestimmte Exekutionsgrade sind nicht aufgestellt (vgl. § 6 Abs. 2 des Preuß. Ges.,

§ 675. In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittiren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.

N. Entw. § 950. Entw. I. § 590. Entw. II. § 612. Entw. III. § 624. Mot. S. 411, 412. Prot. S. 353–358.

§ 676. Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im §. 675 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

N. Entw. § 951. Entw. I. § 591. Entw. II. § 613. Entw. III. § 625. Mot. S. 411, 412. Prot. S. 353–358.

---

betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 — GS. S. 102); auch ist die Häufung verschiedener Exekutionsarten nicht ausgeschlossen.

4) Abs. 2: vgl. GVG. § 162. Die Vorschrift entspricht derjenigen des § 152 Abs. 2 unter Ausdehnung auf alle Prozesse und dient gleich dieser Bestimmung zur Erleichterung der vielfach an die Mitwirkung des Gerichts gewöhnten Parteien, ohne die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers zu ändern (vgl. Anm. 1). Ist der Gerichtsschreiber in Gemäßheit des Abs. 2 beauftragt, so findet auch § 154 Anwendung (Seuffert § 154 Anm. 2 a. E., Wilm. Levy § 154 Anm. 2. A. M.: v. Bülow Anm. 4b u. anscheinend O.L.G. Frankfurt in Jur. Wochenschr. 1886 S. 263). Unter dem „Gerichtsschreiber" ist hier, wie aus § 684 erhellt, nur der des Vollstreckungsgerichts gemeint (vgl. auch Preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. der AG. § 19 Abs. 2, 4, Gesch.A. f. d. GV. § 49 Abs. 1, Gaupp III S. 183, Kleiner III S. 58).

§§ 675, 676.

1) Die §§ 675, 676 regeln den Umfang der aus dem Auftrage fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers, analog denen des Prozeßbevollmächtigten (§§ 77—79). Zu den Befugnissen gehört aber hier auch die Empfangnahme von Zahlungen und sonstigen Leistungen, „da es sich nicht mehr um die Feststellung einer streitigen Forderung, sondern um die Erfüllung der festgestellten Forderung handelt" (vgl. auch Code de proc. art. 556, Hann. PO. § 532, ꝛc.; anders Preuß. AGO. I 24 § 66). Der Schuldner, welcher dem durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung legitimirten Gerichtsvollzieher Zahlung geleistet hat, wird also dadurch seinerseits befreit (vgl. RG. XIV S. 80); eine Nachlässigkeit oder Unredlichkeit des Gerichtsvollziehers in Ablieferung der Gelder geht auf Gefahr des Gläubigers, da auch der Staat, abgesehen von partikularrechtlichen Normen, nicht Ersatz leistet (vgl. § 674 Anm. 1). Dagegen legitimirt die vollstreckbare Ausfertigung den Gerichtsvollzieher nicht zur Novation, zum Erlaß und zu anderen Rechtsgeschäften. (So auch Siebenhaar S. 635 Anm. *, Wilm. Levy § 675 Anm. 1, Seuffert § 675 Anm. 1 u. A.) Auch ist er nicht zur Substitution eines anderen Gerichtsvollziehers befugt (vgl. Preuß. GVO. § 35).

2) In § 675 speziell ist von dem Verhältniß des Gerichtsvollziehers zu seinem Auftraggeber, für welches im Uebrigen — abgesehen von den durch die Beamteneigenschaft hervorgerufenen Modifikationen (vgl. Jastrow im civ. Arch. 68 S. 368 ff., bes. 375 ff.) — die Bestimmungen des Civilrechts über den Mandatsvertrag maßgebend sind (vgl. § 674 Anm. 1), in § 676 von demjenigen zu dem Schuldner und zu dem Dritten die Rede (vgl. auch § 153 Anm. 3). Die Mot. gehen dabei von der — auch in der RTK. von den Regierungsvertretern verfochtenen — Auffassung aus, daß dem Schuldner, wenn er zu der Leistung gezwungen werden solle, ein legitimirter Empfänger derselben gegenüber gestellt werden müsse, und daß die dem Gläubiger zustehende Auswahl des Gerichtsvollziehers und die Möglichkeit, nach Umständen einen Bevollmächtigten zu

§ 677. Der Gerichtsvollzieher hat nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei theilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu bemerken und dem Schuldner Quittung zu ertheilen.

Das Recht des Schuldners, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

N. Entw. § 952. Entw. I. § 592. Entw. II. § 614. Entw. III. § 626. Mot. S. 412. Prot. S. 358.

---

dem Akte der Zwangsvollstreckung mitzusenden, die dem Gläubiger etwa drohende Gefahr auf ein nicht mehr zu berücksichtigendes Minimum herabdrücken.

Ein Zusatz zu § 675 dahin:

„Diese Beauftragung gilt jedoch als nicht ertheilt für den Fall, daß der Gläubiger oder ein Bevollmächtigter desselben beim Angebot der Zahlung anwesend ist. Auch kann der Gläubiger sich vorbehalten, Zahlungen oder sonstige Leistungen selbst oder durch einen Bevollmächtigten des Gerichtsvollziehers in Empfang zu nehmen."

sowie eine entsprechende Aenderung des § 675 am Schlusse wurde von der RTK. abgelehnt, indem man allseitig anerkannte, daß der erste Satz jenes Zusatzes selbstverständlich sei (vgl. Hann. Prot. XI S. 4157 ff., Nordd. Prot. S. 1980 ff., 1986 ff.), während bloße Vorbehalte des Gläubigers bei Ertheilung des Auftrags nach § 676 keine Bedeutung haben.

3) Jede Form wird hier durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung dem Schuldner und jedem Dritten gegenüber ersetzt. Namentlich ist auch die Ausstellung einer besonderen Vollmacht zur Legitimation des Gerichtsvollziehers dem Schuldner und dem Dritten gegenüber nicht erforderlich, wogegen selbstverständlich die Eigenschaft des Gerichtsvollziehers als solchen nöthigenfalls von ihm nachgewiesen werden muß. (Vgl. Preuß. GVO. § 31, Gesch.-A. f. d. GV. § 31.) Der Satz hat zu Gunsten des Schuldners sogar die Bedeutung einer praesumtio juris et de jure, indem nach § 676 Satz 2 der Mangel (oder die Beschränkung) des Auftrags von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden kann, der Besitz der Ausfertigung also wie eine Formal-Vollmacht wirkt (vgl. § 79). Selbst der Beweis, daß der Gerichtsvollzieher ohne Willen des Gläubigers (z. B. durch Diebstahl) in den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung gelangt sei, ist — abgesehen von Kollusionen des Schuldners oder Dritten mit dem Gerichtsvollzieher — dem Schuldner oder Dritten gegenüber bedeutungslos (Sarwey II S. 135, Petersen §§ 674—677 Nr. 2, Gaupp III S. 188, Wilm. Levy § 676 Anm. 2, jetzt auch Seuffert § 676 Anm. 3 u. A.). Dagegen kann der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung allerdings den Mangel (oder die Beschränkung) des Auftrags geltend machen und die durch den Besitz der Ausfertigung begründete praesumtio juris durch Gegenbeweis entkräften, da der Satz 2 nur eine Beschränkung des Gläubigers enthält und Satz 1 an den Besitz der Ausfertigung nur eine — nach allgemeinen Grundsätzen zu beseitigende — Ermächtigung des Gerichtsvollziehers an den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung knüpft (vgl. Nordd. Prot. S. 1980, 1982, 1987). [So auch Gaupp, Petersen, Sarwey, Seuffert a. a. O.]

Ohne den Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung ist der Gerichtsvollzieher gegen den Schuldner überhaupt nicht einzuschreiten berechtigt (Nordd. Prot. S. 1981; vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 49 Abs. 3).

4) Wegen Anwendung der §§ 675, 676 auf die Beitreibung einer Geldstrafe nach § 495 der StrPO. vgl. § 662 Anm. 2.

§ 677.

1) Die Vorschriften des § 677 dienen, wie die Mot. hervorheben, zur Sicherung des Schuldners. Sie beziehen sich ihrer allgemeinen Fassung und ihrem Zwecke nach nicht blos auf freiwillige, sondern auch auf in Folge ausgeführter Zwangsvollstreckung geschehene Zahlungen oder sonstige Leistungen (§ 675) an den Gerichtsvollzieher (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 49 Abs. 3, Gaupp III S. 188. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Petersen §§ 674—677 Nr. 3). Die

§ 678. Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert. Er ist befugt, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen.

Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden.

N. Entw. § 953. Entw. I. § 594. Entw. II. § 615. Entw. III. § 627. Mot. S. 412. Prot. S. 358.

Verpflichtung zur Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung fällt weg, wenn der Schuldner an den Gläubiger selbst oder dessen Bevollmächtigten gezahlt hat (OLG. Marienwerder in Seuffert, Arch. 37 Nr. 354, Petersen a. a. O., Gaupp III S. 189, Kleiner III S. 59, 60 u. A.). S. auch § 153 Abs. 3, welcher sich freilich präziser ausdrückt.

2) Die Quittung ist als öffentliche Urkunde (§ 380) anzusehen, weil die Ausstellung derselben zur Amtssphäre des Gerichtsvollziehers gehört. [Ebenso Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 135, Petersen a. a. O. u. A. Zweifel dagegen wurden in der Nordd. Prozeßkommission erhoben; vgl. Nordd. Prot. S. 1988.] Die Quittung eines Bediensteten des Gerichtsvollziehers genügt nicht (Haenschke in D. J. Ztg. 1883 S. 265. A. M. das. S. 148).

3) Der Abs. 2 stimmt nicht zu dem Grundsatze der vollständigen Vertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher (§§ 675, 676 Anm. 1, 2). Ob der Schuldner eine Quittung des Gläubigers selbst verlangen kann, regelt sich nach dem bürgerlichen Recht (vgl. Windscheid, Pand. II § 344 a. E., Preuß. ALR. I 16 §§ 86, 92, 101, 120, Sächs. BGB. §§ 981, 983).

4) Die Vorschriften des § 677 finden auf das Vollstreckungsgericht in denjenigen Fällen, in welchen dasselbe die Pfändung vornimmt (§§ 729 ff.), entsprechende Anwendung (Drache in Busch, Zeitschr. III S. 296 ff.). Vgl. auch § 662 Anm. 1.

5) Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 11 (in der neueren Fassung), § 12 Nr. 4.

§ 678.

1) Eine Vorschrift (wie z. B. in Hann. PO. § 541, H. E. § 671), daß die Vollstreckung mit thunlichster Schonung für den Schuldner so rasch als möglich durchzuführen sei, und daß der Gerichtsvollzieher dabei die Wünsche des Gläubigers und des Schuldners, soweit dieses ohne Gefährdung des Zwecks und ohne unnöthigen Kostenaufwand geschehen könne, zu berücksichtigen habe, ist als in ein Reglement für die Gerichtsvollzieher gehörig weggelassen (vgl. z. B. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 56). Ueberhaupt bedürfen die Bestimmungen der §§ 678—683 in mancher Beziehung der Ergänzung durch reglementarische Vorschriften. Dahin gehören z. B. die Vorschriften der Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 56 Abs. 2, daß vor dem Uebergange zur Vollstreckung selbst der Gerichtsvollzieher den Schuldner zur freiwilligen Leistung aufzufordern und eine freiwillige Leistung des Ganzen oder eines Theils anzunehmen und an den Gläubiger zu übermitteln habe, ferner die der Allg. Verf. d. Just. Min. v. 23. Febr. 1885 (JMBl. S. 75) §§ 12—17 (Akten); §§ 7, 8.

2) Abs. 1: Der Begriff „Wohnung" umfaßt auch die Zubehörungen derselben, z. B. die Stallung, das Gehöfte usw. Vgl. Nordd. Prot. S. 1989.

„Behältnisse" des Schuldners sind alle in seiner Wohnung oder sonst in seinem Gewahrsam befindlichen, zur Aufbewahrung von Sachen dienenden Räumlichkeiten, gleichviel ob sie ihm eigenthümlich angehören oder nicht, und ob sie von ihm selbst benutzt werden oder von den in seiner Hausgenossenschaft befindlichen Familienangehörigen (Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 190).

Ob eine Wohnung oder ein Behältniß des Schuldners anzunehmen, beurtheilt zunächst der Gerichtsvollzieher nach den Umständen des Falles. Die polizeiliche Anmeldung einer anderen Person entscheidet noch nicht für das Gegentheil (vgl. Wilm. Levy a. a. O.).

§ 679. Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig, so hat der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

N. Entw. § 954. Entw. I. § 695. Entw. II. § 616. Entw. III. § 628. Mot. S. 412. Prot. S. 358.

§ 680. Jeder Person, welche bei dem Vollstreckungsverfahren betheiligt ist, muß auf Begehren Einsicht der Akten des Gerichtsvollziehers gestattet und Abschrift einzelner Aktenstücke ertheilt werden.

N. Entw. § 955. Entw. I. § 696. Entw. II. § 617. Entw. III. § 629. Mot. S. 412. Prot. S. 358.

§ 681. Zur Nachtzeit, sowie an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Vollstreckungshandlung nur mit Erlaubniß des Amtsrichters erfolgen, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

Die Nachtzeit umfaßt in dem Zeitraume vom 1. April bis 30. September

---

Die Person des Schuldners selbst oder seiner Angehörigen darf der Gerichtsvollzieher nicht durchsuchen; gegen Versteck am Körper schützt nur der Offenbarungseid (§§ 711, 769).

3) Abs. 3: „Widerstand" — ist hier in weiterem Sinn als in StrGB. § 113 zu verstehen und kann auch durch Drohungen ꝛc. geleistet werden (RG. i. StrS. VII S. 370).

„Vollstreckungsgericht" — vgl. § 684 Abs. 2. Eine Anwendung des Abs. 3 enthält § 777. Die Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts erfolgt gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31).

4) Der Gläubiger kann der Vollstreckung selbst oder durch einen Bevollmächtigten beiwohnen (vgl. Mot. S. 412, N. E. § 955, H. E. § 613, Nordd. Prot. S. 1989, 2019).

§ 679.

1) „Widerstand" — vgl. § 678 Anm. 3.

— „erwachsene Person" — vgl. § 166 Anm. 2. Auch die zur Familie gehörige Person braucht nicht Hausgenosse zu sein (anders § 166).

— „hat" — Die Vorschrift ist nicht bloß instruktionell (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. V S. 7, VI S. 670).

„Zeugen" — Ueber die Auswahl s. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 86. Als Zeugen können auch Personen zugezogen werden, welche zugleich zur Unterstützung des Gerichtsvollziehers dienen (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. VI S. 670). Ueber die Entschädigung derselben vgl. GO. f. GV. § 15 (in der Fassung der Nov. v. 29. Juni 1881).

2) Wegen der Gerichtsvollzieher-Gebühren in den Fällen der §§ 678, 679 s. GO. f. GV. § 12 Nr. 1.

§ 680.

1) „Jeder Person, — welche — betheiligt ist" — also nicht blos dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern unter Umständen auch Dritten (z. B. in den Fällen der §§ 690, 710, 730 usw.). Vgl. § 271.

2) „Akten des Gerichtsvollziehers" — Ueber die Einrichtung und Führung derselben treffen die Dienstreglements nähere Bestimmungen. Vgl. für Preußen wegen der Akten (im engeren Sinne) §§ 12—17 und wegen der Register und Reisejournale §§ 6—11 der Allg. Verf. d. Just.Min. v. 23. Febr. 1885 (JMBl. S. 71 ff.).

3) „Abschrift" — Für dieselbe werden nach GKG. § 80, § 14 Nr. 1 d. GO. f. GV. Schreibgebühren vergütet.

die Stunden von neun Uhr Abends bis vier Uhr Morgens und in dem Zeitraume vom 1. Oktober bis 31. März die Stunden von neun Uhr Abends bis sechs Uhr Morgens.

N. Entw. § 957. Entw. I. § 597. Entw. II. § 615. Entw. III. § 630. Mot. S. 151, 412. Prot. S. 358–360.

§ 682. Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll muß enthalten:

1. Ort und Zeit der Aufnahme;
2. den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;
3. die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;
4. die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei;
5. die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.

Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben.

N. Entw. § 958. Entw. I. § 598. Entw. II. § 619. Entw. III. § 631. Mot. S. 412. Prot. S. 360.

---

§ 681.

1) Die Bestimmungen über die Vornahme von Vollstreckungshandlungen an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen entsprechen im Wesentlichen den Vorschriften des § 171 bezüglich der Zustellungen. Die Bestimmungen über die Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit sind von der RTK. auf Antrag des Abg. Mayer aufgenommen worden.

2) Abs. 1: — „nur mit Erlaubniß des Amtsrichters" — Das Ermessen desselben ist nicht beschränkt (§ 171 Anm. 2). Gefahr im Verzuge (Code de proc. art. 1037, Bayer. PO. Art. 846) ist nicht erforderlich (Gaupp III S. 193 u. A. A. M. Uebel II S. 167). Beispiele: Erzwingung einer Unterlassung, Pfändung nächtlich transportirter Waaren ꝛc. (Prot. S. 359).

3) Eine — ohne Einwilligung des Schuldners — den Bestimmungen des Abs. 1 zuwider vorgenommene Vollstreckungshandlung ist unwirksam und auf Beschwerde (§ 685) wieder aufzuheben. Vgl. § 171 Abs. 4, Nordd. Prot. S. 1991. (So auch Sarwey II S. 138 Anm. 4, Seuffert Anm. 1, v. Bülow Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp a. a. O., jetzt auch Petersen §§ 678—680 Nr. 3. A. M.: Puchelt II S. 513, Kleiner III S. 66.)

4) Abs. 2: — „vorzuzeigen" — nicht abschriftlich mitzutheilen, wie bei Zustellungen (§ 171). Diese Vorschrift ist nur instruktionell.

5) Die Verfügung ist gebührenfrei; s. GKG. § 47 Nr. 12; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

§ 682.

1) Vgl. §§ 173, 174. Wird die Aufnahme des Protokolls unterlassen, so ist die Vollstreckungshandlung selbst nicht unwirksam (so Hellmann III S. 47, Kleiner III S. 67, Seuffert Anm. 2, früh. Aufl.), sondern es geht nur der Beweis für die Handlung verloren. (So auch Petersen §§ 682, 683 Nr. 1, Gaupp III S. 194, Wilm. Levy Anm. 1, Sarwey II S. 138, Endemann III S. 162.) Vgl. § 173 Anm. 3. Bei Geschäften, die nach Verhältniß der verwendeten Zeit vergütet werden (GO. f. GV. §§ 4 — in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881 — 6, 8), ist im Protokolle auch die Dauer der letzteren anzugeben (a. a. O. § 23). Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat aber auf die Gültigkeit des Protokolls keinen Einfluß, sondern nur auf die Berechnung der Gebühren.

Daß dem Gläubiger und dem Schuldner nur auf Begehren Abschrift des Protokolls zu ertheilen ist (N. E. § 958 Abs. 4), betrachten die Mot. mit Recht als selbstverständlich (vgl. § 680).

§ 683. Die Aufforderungen und sonstigen Mittheilungen, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

Kann die mündliche Ausführung nicht erfolgen, so ist eine Abschrift des Protokolls unter entsprechender Anwendung der §§. 158, 166—170 zuzustellen oder, wenn demjenigen, an welchen die Aufforderung oder Mittheilung zu richten ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht zugestellt werden kann, durch die Post zu übersenden. Die Befolgung dieser Vorschrift muß zum Protokolle bemerkt werden. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

N. Entw. § 959. Entw. I. § 599. Entw. II. § 620. Entw. III. § 632. Mot. S. 412, 413. Prot. S. 360.

---

2) Abs. 2: Die Vorschriften des Abs. 2 sind wesentlich („muß"). Es gilt hier dasselbe wie hinsichtlich der Zustellungsurkunde (s. § 174 Anm. 2, v. Bülow Anm. 2, Seuffert Anm. 2, Hellmann III S. 47; auch hier weniger streng Wilm. Levy Anm. 6, Gaupp, Petersen, Endemann, Sarwey a.a.O., Hellmann, Lehrb. S. 845). Das diesen Vorschriften entsprechende Protokoll liefert in Gemäßheit der §§ 380 ff. vollen Beweis (vgl. § 383 Anm. 1). Der Gegenbeweis gegen dasselbe ist aber unbeschränkt zulässig (vgl. § 383 Anm. 4). Bloße Berichte des Gerichtsvollziehers stehen einem Protokolle bezüglich der Beweiskraft nicht gleich (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 395).

3) Nr. 2: — „wesentliche Vorgänge" — z. B. §§ 678 Abs. 2, 3, 679 (vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 58). Die Vorschrift ist nicht bloß reglementarisch (RG. i. StrS. XIII S. 123). Wegen der Aufforderungen und sonstigen Mittheilungen s. § 683 Abs. 1. Zustellungen gerichtlicher Vollstreckungsakte (vgl. §§ 730, 739, 744, 754) sind dagegen gar keine Vollstreckungshandlungen, sondern Zustellungsakte des Gerichtsvollziehers (vgl. Gaupp III S. 194, Seuffert Anm. 1.)

4) Nr. 4: In dem Erforderniß der Unterschrift der Personen, mit welchen verhandelt ist, — zu diesen gehören auch die nach § 679 zugezogenen Zeugen (Seuffert Anm. 3, Wilm.-Levy Anm. 4 u. A. A. M. Endemann III S. 162) — liegt ein Unterschied von den gerichtlichen Protokollen (§§ 145—149, 151) und den Zustellungsurkunden (§ 174). Wegen Mangels dieser Unterschrift verliert das Protokoll nicht unbedingt, d. h. hinsichtlich des sonstigen Inhalts, auf welchen sich die Unterschrift nicht bezieht, die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. VII S. 431).

5) Nr. 5: Die Beifügung der Amtseigenschaft und des amtlichen Wohnsitzes sind in Preußen reglementarisch vorgeschrieben (Gesch.-A. f. d. GV. § 12 Nr. 1). Vgl. auch das. Nr. 2—4. Unter dem Protokoll ist eine Berechnung der Gebühren und Auslagen aufzustellen (GO. f. GV. § 23, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 12 Nr. 6).

§ 683.

1) Die Vorschriften des § 683 beseitigen aus dem Verfahren jede unnöthige Weitläufigkeit, dienen aber andrerseits zur Sicherung des Schuldners und der sonstigen Betheiligten. Anders als nach N. E. § 928 verlangt § 683 nach dem Auslande hin wenigstens eine Mittheilung durch die Post, durch welche das Verfahren nicht aufgehalten wird. Nur wenn der Aufenthalt unbekannt, ist eine Mittheilung überhaupt nicht erforderlich.

2) „Aufforderungen" sind nur ausnahmsweise zur Vollstreckung erforderlich, z. B. in den Fällen der §§ 739, 744, in denen übrigens die Zustellung die Hauptsache ist (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. §§ 90 Abs. 3, 93); s. auch das. § 56 Abs. 2, 63.

„sonstigen Mittheilungen" — vgl. z. B. §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3, 728 Abs. 2, 3.

3) — „mündlich" — Einer Zustellung an die Betheiligten bedarf es also, abgesehen von den Fällen des Abs. 2, nicht. Die erforderliche Sicherheit wird den Betheiligten durch die vollständige Aufnahme in das Protokoll, welche in Gemäßheit des § 682 geschehen muß, gewährt.

§ 684. Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, dasjenige Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

N. Entw. §§ 909, 911. Entw. I. § 600. Entw. II. § 621. Entw. III. § 633. Mot. S. 389, 413. Prot. S. 360.

§ 685. Ueber Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher

---

4) Abs. 2: Derselbe findet auf alle Fälle Anwendung, in welchen eine mündliche Aufforderung oder Mittheilung wegen Abwesenheit des Betheiligten nicht erfolgen kann. An Stelle derselben tritt die Zustellung, und zwar nicht an den Prozeßbevollmächtigten (§ 162), sondern schon wegen StrGB. § 137 an den Schuldner selbst (vgl. Endemann III S. 163, Wilm.-Levy Anm. 2), falls diese aber am Orte der Zwangsvollstreckung nach den betreffenden Vorschriften nicht ausführbar ist, die Uebersendung durch die Post, auch ins Ausland (mittels einfachen Briefes, nicht mittels Zustellung nach den §§ 176 ff. oder § 161). [So auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 58 Abs. 3, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 195 u. A. A. M. v. Bülow Anm. 2.] Die Zustellung fällt nur weg, wenn sie wegen Unbekanntschaft des Aufenthaltes unmöglich ist, also öffentliche Zustellung (vgl. §§ 186—190) erfolgen müßte.

§ 684.

Vgl. die allg. Bem. zu diesem Abschnitt unter 2.

1) Abs. 1: Hierher gehören die Fälle der §§ 678 Abs. 3, 698—700, 729 ff., 754, 755, 759, 771 Abs. 4, 773 ff., 780, 789, 793, 799 ff., 810, 816. Vgl. Hann. PO. § 549, 557, 565.

2) Abs. 2: Die Ausnahmen finden sich in den §§ 729 Abs. 2, 750—752, 755, 756, 759, 780, 783, 799, 810. Vgl. auch §§ 710 Abs. 2, 816.

— „stattfinden soll oder stattgefunden hat" — Hienach schließt zwar die Ausführung der Zwangsvollstreckung an sich die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts nicht aus; letztere hört aber nach gänzlichem Abschluß des Vollstreckungsverfahrens auf (vgl. § 710 Anm. 3, RG. XII S. 372, Grisebach in Busch, Zeitschr. IX S. 264 ff.).

3) Abs. 3: Von dem Grundsatze der Mündlichkeit ist hier abgewichen, weil es sich um eine Thätigkeit des Gerichts handelt, welche mehr ordnend und administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist (Mot. S. 20). Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 686, 687, 690 und in den Fällen der §§ 710 Abs. 2, 765, 804 Abs. 2, 815, welche letzteren Hellmann III S. 48, 49 fälschlich als Ausnahmen von der Regel des Abs. 3 betrachtet, während es sich in ihnen in Wirklichkeit gar nicht um Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts als solchen handelt.

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31. Der Gerichtskasse gegenüber ist der Extrahent nach GKG. § 89 der Schuldner (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 170).

5) Für Preußen vgl. wegen der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die entsprechenden Vorschriften in § 9 Abs. 1 des betr. Ges. v. 4. März 1879 (GS. S. 102); s. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 295.

§§ 685—689.

1) Die §§ 685—689 handeln von den Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren in demjenigen weiteren Sinne, in welchem darunter nicht blos die Einwendungen des Schuld-

zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im §. 668 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgerichte steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.

N. Entw. §§ 910, 912. Entw. I. § 601. Entw. II. § 622. Entw. III. § 634. Mot. S. 406–410. Prot. S. 360.

---

ners, sondern auch die Einwendungen bzw. Anträge oder Erinnerungen des Gläubigers (Exekutionssuchers) sowie etwa betheiligter Dritter (vgl. z. B. § 713) in Bezug auf den Modus der Zwangsvollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers fallen. Abweichend von dem franz. Recht (vgl. auch Bayer. PO. Art. 840), welches alle diese Einwendungen ohne Rücksicht darauf, ob sie die formelle oder materielle Zulässigkeit betreffen, an das Vollstreckungsgericht (und zwar unter Ausschluß der Friedens- und Handelsgerichte) verweist, überträgt die CPO. im Anschluß an die gemeinrechtlichen Grundsätze und an die Rechtshülfegesetze [Nürnb. Entw. § 29, Reichsgesetz v. 21. Juni 1869 § 8 (BGBl. S. 305)] sowie die meisten neueren Prozeßordnungen und Entwürfe (Hann. PO. §§ 574–579, H. E. §§ 680, 682–694, N. E. §§ 909–912, 915 — 918) die Entscheidung über die Einwendungen je nach der inneren Natur derselben an verschiedene Gerichte. Vgl. Hann. Prot. XI S. 4203 ff. Auf diese Weise entstehen drei große Gruppen von Einwendungen:

1) Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687). Dieselben gehören an das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist, bzw. an das Prozeßgericht erster Instanz, je nachdem sie den Eintritt der Rechtskraft oder das Vorhandensein einer der formellen Voraussetzungen bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel (vgl. §§ 664, 665) bestreiten oder in materieller Beziehung den Eintritt der bedingenden Thatsache oder der Rechtsnachfolge in Abrede stellen (§ 689). Vgl. §§ 666 Anm. 3, 668 Anm. 2. Der Natur der Sache nach kommen hierbei nur Einwendungen des Schuldners in Frage.

2) Einwendungen bzw. Anträge und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers betreffen (§ 685). Diese sind formeller Natur, mögen sie nun das materielle Exekutionsrecht oder das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung betreffen, und gehören vor das Vollstreckungsgericht; bei ihnen kommen sowohl Anträge usw. des Gläubigers und betheiligter Dritter wie des Schuldners in Betracht.

3) Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 686). Diese sind materieller Natur und gehören vor das Prozeßgericht erster Instanz; nur von Einwendungen des Schuldners kann bei ihnen der Natur der Sache nach die Rede sein.

2) Die Prozeßvollmacht im Hauptprozesse ermächtigt auch zur Geltendmachung bzw. Bekämpfung der Anträge und Einwendungen der §§ 685–689 (s. § 77).

3) Für Preußen vgl. §§ 70, 71 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 (GS. S. 131).

§ 685.

1) Abs. 1: „Anträge — Verfahren betreffen" — sowohl des Gläubigers wie des Schuldners und betheiligter Dritter (vgl. §§ 685–689 Anm. 1 Nr. 2), z. B. in Betreff des Beginns der Zwangsvollstreckung ohne Zustellung des Urtheils (§ 671 Abs. 1), Ausdehnung der Pfändung über das zulässige Maß (§ 708), der Wahl der Exekutionsmittel (§ 749 — s. RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 3 S. 153), der Bewilligung einer Frist seitens des Gerichtsvollziehers

§ 686. Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen.

---

usw. (vgl. Endemann, Rechtshülfe S. 44). Anders als der Gläubiger (vgl. Jastrow im civ. Arch. 68 S. 378) ist der Schuldner in den unter § 685 fallenden Fällen auf den hier vorgezeichneten Weg beschränkt; eine Klage steht ihm nicht zu (RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1164). Insbesondere kann ein gegen die unrichtige Partei erlassener Pfändungsbeschluß nur nach § 685, nicht im Wege der Klage angefochten werden (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 193, Francke in Busch, Zeitschr. V S. 205, 207); auch die sofortige Beschwerde an das Landgericht (§ 701) ist nicht zulässig (RG. im RAnz. 1886 b. Beil. 3 S. 154).

In einigen (von Francke a. a. O. angeführten) Fällen, in denen Dritte im Wege des § 685 Einwendungen erheben können, ist dagegen auch § 690 anwendbar (vgl. § 690 Anm. 2c u. 3, RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 80, obLG. f. Bayern das. 38 Nr. 192, OLG. Karlsruhe das. 40 Nr. 78, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 5. A. M.: Francke a. a. O., Nessel in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 131, 132. Voß in Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 95 ff. versagt andererseits dem Dritten den Weg der Beschwerde stets). § 685 hindert nicht die Beschwerde des Drittschuldners gegen den Pfändungsbeschluß (RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 6 S. 297).

Die Streitigkeiten zwischen dem Gläubiger und dem von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher sind, obwohl an sich mehr disziplinärer Natur, doch wegen ihrer Bedeutung für die prozessualische Behandlung des einzelnen Falls hier berücksichtigt; indessen wird selbstverständlich die disziplinarische Behandlung dadurch nicht ausgeschlossen (vgl. Hann. PO. §§ 581, 582, Nordd. Prot. S. 1997).

2) „Vollstreckungsgericht" — An dasselbe sind die in § 685 behandelten Anträge usw. verwiesen, weil sie meistens sehr einfacher Natur sind und mit dem voraufgegangenen Rechtsstreite in keinem Zusammenhange stehen. (Vgl. OLG. Karlsruhe a. a. O.) — Die Entscheidungen können nach § 684 Abs. 3 ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Gegen dieselben findet nach § 701 sofortige Beschwerde statt. Dem Gerichtsvollzieher steht eine Beschwerde nicht zu (RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 299 Nr. 17).

„Dasselbe ist — — zu erlassen" — vgl. §§ 668 Anm. 4, 688 Anm. 2. Eine Aufhebung bereits erfolgter Maßregeln ist hier, wie im Falle des § 668, vor der Entscheidung in der Sache selbst unzulässig (Sarwey II S. 141, Gaupp III S. 200 u. A.).

3) Abs. 2: Derselbe hebt einige Entscheidungen besonders hervor, welche an sich schon unter Abs. 1 fallen (s. Anm. 1.)

Die Fälle, in denen ein Gerichtsvollzieher sich weigern darf, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen, haben in Gemäßheit des § 155 d. GVG. der Reichskanzler bzw. die Landesjustizverwaltungen zu bestimmen. In den Fällen des § 156 daselbst muß er den Auftrag ablehnen. Nach § 18 der GO. f. GV. darf er — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — die Uebernahme des Geschäfts von der Leistung eines Vorschusses abhängig machen. Eine Klage auf Vornahme der Vollstreckung steht dem Gläubiger gegen den Gerichtsvollzieher nicht zu (Jastrow a. a. O. S. 375 ff.).

Hat der Gerichtsvollzieher den Auftrag im Allgemeinen übernommen, so muß er auch vermöge seiner Stellung als Mandatar des Gläubigers eine einzelne Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß ausführen, sofern dieselbe nicht gesetzlichen Vorschriften widerspricht.

4) Zu den „von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten" gehören nicht blos seine eigenen, sondern nach § 697 die Kosten der Zwangsvollstreckung überhaupt. Nach § 22 der GO. f. GV. findet bei den auf die ersteren bezüglichen Erinnerungen § 4 des GKG. entsprechende Anwendung.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 4, 39, 47 Nr. 14 (sämmtlich in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. § 23 Nr. 2, 31.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war.

N. Entw. §§ 915, 916. Entw. I. § 602. Entw. II. § 623. Entw. III. § 635. Mot. S. 406–410. Prot. S. 360.

§ 686.

Literatur zu §§ 686—690: Peters in Gruchot, Beitr. XXIX S. 334 ff., 653 ff.

1) Abs. 1: — „welche — betreffen" — d. h. materielle Einreden des Schuldners (nicht gerade selbständige Ansprüche im Sinne des § 491 Abs. 2, wie OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 39 Nr. 175 annimmt), z. B. die Einreden der Zahlung, der Kompensation (auch auf Grund nicht konnexer Gegenforderungen; so auch Gaupp III S. 201, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Siebenhaar S. 639 Anm. ***), der Verjährung (Förster (Eccius) I § 57 Anm. 74, S. 553; OLG. Braunschweig in Busch, Zeitschr. VII S. 109, Francke das. X S. 89 ff.), des Vergleichs, des Erlasses, der Stundung usw. (vgl. Renaud S. 241, Wetzell S. 601, Endemann, Rechtshülfe S. 44, 45; Preuß. AGO. I 24 §§ 35, 36 u. Verordn. vom 4. März 1834 § 6, Hann. PO. § 576, N. E. § 916); ebenso der Rechtswohlthat des Inventars (vgl. § 696 Abs. 3) und der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages in Betreff der Gegenleistung bei Vollstreckung eines Anspruchs auf Leistung Zug um Zug (vgl. § 672 Anm. 2).

Die Einwendung, daß der Gerichtsvollzieher den Inhalt des Urtheils unrichtig aufgefaßt habe, betrifft gleichfalls den Anspruch selbst. Vgl. § 290 Anm. 6. Wird dessenungeachtet das Vollstreckungsgericht angerufen, so kann es die materielle Entscheidung ablehnen und den Schuldner auf die Klage nach § 686 verweisen (Gaupp III S. 202, Wilm. Levy a. a. O.).

Auch die Einrede der Kompetenz (Windscheid, Pand. II § 267, 268, Wetzell a. a. O.) gehört hierher (Mot. S. 410; vgl. auch Nordd. Prot. S. 2000, Hann. PO. § 575 Nr. 4, Renaud a. a. O., Endemann a. a. O., Förster (Eccius) I § 56 S. 327, obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 38 Nr. 162, OLG. Braunschweig a. a. O.). Von der Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Rechtswohlthat der Kompetenz (N. E. § 926) ist wegen des engen Zusammenhanges mit Instituten des materiellen Landesrechts Abstand genommen. Vgl. übrigens KO. § 152 Abs. 1 und EG. z. KO. § 4 Abs. 1.

2) — „im Wege der Klage" — Wegen der materiellen Natur der Einwendungen ist deren Erledigung im ordentlichen Prozeßverfahren angeordnet. — Abweichend von anderen Gesetzen (vgl. z. B. Württ. PO. Art. 902), welche unter Umständen den Gläubiger auf den Weg der Klage verweisen, hat stets der Schuldner die Rolle des Klägers zu übernehmen. Hieraus folgt, daß die von ihm geltend gemachten Einwendungen den unabänderlichen Grund der Klage bilden (§ 235 Nr. 3; vgl. auch OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 279, obLG. f. Bayern das. 39 Nr. 172).

Wie das Urtheil zu fassen, wenn die Klage für begründet erkannt wird, ist zweifelhaft. Nach der Analogie der §§ 503, 563 würde das frühere Urtheil insoweit aufzuheben sein, als es durch die Einwendungen betroffen wird (so Sarwey II S. 145, Uebel II S. 174). Indessen spricht die Natur des vorliegenden Verfahrens mehr dafür, lediglich auf die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu erkennen (es handelt sich weder um eine rechtsmittelähnliche Prozedur noch um ein vorbehaltenes Separatum, also um ein an sich unvollkommenes Urtheil, sondern um die Zerstörung des Judikatsanspruchs; auch bleibt das frühere Urtheil in Bezug auf die Prozeßkosten in Kraft). [Vgl. auch Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann III S. 51, Petersen §§ 685—687 III 5, Endemann III S. 169 Anm. 6, Gaupp III S. 204, Fitting § 83 Anm. 3.]

Wegen der Einstellung der Zwangsvollstreckung vgl. § 689 Anm. 1.

Selbstverständlich kann der Schuldner auch das ihm nach dem bürgerlichem Rechte etwa zustehende Klagerecht im ordentlichen Verfahren im Gerichtsstande des Gläubigers oder in dem sonst begründeten besonderen Gerichtsstande durch Klage (condictio indebiti, cond. sine causa u. dgl.) geltend machen (RG. in Jur. Wochenschr. 1883 S. 112, 113; 1884 S. 300 Nr. 18, Wilm.-Levy Anm. 1 a. E., Gaupp III S. 205). Wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat, so ist nur die negative Feststellungsklage möglich (vgl. § 231, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 271, Rintelen in Busch, Zeitschr. IX S. 199). Wegen Erstattung des Geleisteten sind die §§ 503, 563, 655 entsprechend anzuwenden (vgl. Sarwey II S. 145, Petersen a. a. O., Gaupp III S. 204, Wilm. Levy Anm. 3 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 640, Endemann III S. 169 Anm. 2, Seuffert Anm. 2 a. E., hauptsächlich wegen der Ausschließlichkeit des sich ergebenden Gerichtsstandes).

Ueber die Möglichkeit, die Einwendungen unter Umständen auch vertheidigungsweise geltend zu machen, vgl. §§ 661 Anm. 2, 667 Anm.

3) — „dem Prozeßgerichte erster Instanz" — Dasjenige Gericht, welches in erster Instanz in der Hauptsache erkannt hat, ist ausschließlich (§ 707) zuständig, gleichviel ob es sonst für den Anspruch örtlich und sachlich (A. M. Heidenfeld in Gruchot, Beitr. XXV S. 587) zuständig sein würde. Dasselbe ist nach den Mot. wegen des Zusammenhanges mit dem voraufgegangenen Rechtsstreite und der formellen Selbständigkeit des neuen Streits sowie deshalb gewählt, damit die Gerichte des einen deutschen Staates nicht in die Lage kommen, über die Rechtmäßigkeit und die Aufrechterhaltung eines in einem anderen deutschen Staate ergangenen Urtheils zu erkennen (Hann. Prot. XI S. 4220 ff.). Bei ausländischen Urtheilen ist dasjenige inländische Gericht zuständig, welches das Vollstreckungsurtheil erlassen hat (vgl. § 661 Anm. 2, RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1164). Ebenso bei Schiedssprüchen (vgl. § 686, OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 39 Nr. 175).

4) Abs. 2: Die Rechtskraft des Urtheils bringt es mit sich, daß Einwendungen, die auf den Anspruch selbst Bezug haben, nicht ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung noch in dem Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden können. Wegen der Möglichkeit, sie bereits früher geltend zu machen, sind u. A. nicht mehr zulässig die exc. Senatusconsulti Macedoniani und Vellejani, die in den §§ 252, 502, 503, 562, 563 zurückgewiesenen bzw. vorbehaltenen Einreden usw. (vgl. Wetzell a. a. O., Renaud a. a. O., Gaupp III S. 202, 203 u. A., Nordd. Prot. S. 2001).

Der für die Zulassung entscheidende Zeitpunkt ist nicht (wie nach Hann. PO. § 575, Württ. PO. Art. 902, H. E. § 683, N. E. § 916) die Erlassung des Urtheils, sondern der Schluß derjenigen Verhandlung, in welcher der Schuldner zuletzt Gelegenheit zum Vorbringen der Einwendung hatte, (vgl. auch Preuß. Verord. v. 4. März 1834 § 6: „nach geschlossener Instruktion der Sache"), im Falle der Berufung also der Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. In der Revisionsinstanz können dergleichen Einwendungen nicht mehr vorgebracht werden. In allen Fällen gilt jedoch die Beschränkung, daß auch die Geltendmachung mittels des Einspruchs unmöglich sein muß, und zwar zur Zeit der Erhebung der Einwendung (es heißt im Texte „können" nicht „konnten"). [So auch Endemann III S. 170, Petersen §§ 685—687 III 3, Hellmann III S. 51 u. Lehrb. S. 828, Wilm. Levy Anm. 6, Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Sarwey II S. 144.] Eine weitere in dem Entwurfe enthaltene Beschränkung, wonach auch solche Einwendungen, welche in dem früheren Rechtsstreit noch mittels der Berufung geltend gemacht werden können, in dem Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen sein sollten, wurde von der RTK. beseitigt. Der Umstand, daß der Schuldner auch noch diejenigen Einwendungen vorbringen kann, welche in der Zeit zwischen dem Schlusse der letzten zu thatsächlichen Anführungen Gelegenheit bietenden Verhandlung (§§ 251, 491) und der Erlassung des zu vollstreckenden Urtheils entstanden sind, hat besonders für die Fälle Be-

§ 687. Die Bestimmungen des §. 686 Abs. 1, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn in den Fällen der §§. 664, 665 der Schuldner den bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatsache, von welcher das Urtheil die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestreitet, unbeschadet der Befugniß des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemäßheit des §. 668 zu erheben.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 624. Entw. III. § 636. Mot. S. 406—410. Prot. S. 361.

---

deutung, in welchen inzwischen die ein neues thatsächliches Vorbringen ausschließende Revisionsinstanz durchgeführt wird.

Die Beschränkung gilt auch für die Kompetenzeinrede (s. Anm. 1, Seuffert Anm. 1, Förster (Eccius) I § 56 S. 327, § 110 Anm. 13, S. 867, A. M. Wilm. Levy Anm. 7); dagegen nicht für die sog. exc. excussionis realis (Preuß. ALR. I, 20 S. 40), welche ihrer Natur nach gegen die Reihenfolge der Zwangsvollstreckung gerichtet ist (vgl. Wilm. Levy a. a. O. A. M. Förster (Eccius) III S. 514, Anm. 129).

Liquidität der Einwendungen ist nicht erforderlich; zum Beweise der letzteren sind alle Beweismittel zulässig. Ebenso hinsichtlich der Hemmung der Vollstreckung (§ 688 Anm. 3).

(Hellmann III S. 51 nimmt mit Unrecht an, daß Abs. 2 allgemein Urtheile voraussetze, die für vorläufig vollstreckbar erklärt sind; denn aus den Schlußworten des Abs. 2 folgt keineswegs, daß hier nur von Urtheilen die Rede ist, gegen welche ein Einspruch geltend gemacht werden kann.)

Wegen Zulässigkeit der Einwendungen gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse s. § 99 Anm. 4; gegen den Vollstreckungsbefehl s. § 704 Abs. 2, gegen vollstreckbare (gerichtliche und notarielle) Urkunden § 705 Abs. 4, gegen Konkursfeststellungen und Zwangsvergleiche KO. §§ 152, 179, 192. In Preußen findet § 686 Abs. 2 auf Geltendmachung von Einwendungen gegen die bestätigte Dispache keine Anwendung (AG. z. d. CPO. v. 24. März 1879 § 29).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, 28, GO. f. RA. § 20.

5) Den Einwendungen, welche erst nach dem Schlusse der Verhandlungen entstanden sind, stehen diejenigen, welche zwar vorher entstanden waren, aber erst nach jenem Zeitpunkte zur Kenntniß des Schuldners gelangt sind, hier nicht gleich (anders § 6 der Preuß. Verordn.). Vgl. jedoch Abs. 3.

6) Abs. 3: Der Schuldner wird derjenigen Einwendungen, welche er der Vorschrift des Abs. 3 zuwider nicht geltend macht, verlustig.

> „Neben der mit der Form der Klage erreichten Beschränkung des Verfahrens auf die der Klage zum Grunde liegenden Einwendungen sichert noch weiter die Nothwendigkeit der Kumulirung aller zeitig vorhandenen Einwendungen in einer Klage die Energie der Vollstreckung (Nordd. Prot. S. 2002)." (Mot.).

Inwiefern trotzdem die Geltendmachung durch besondere Klage zulässig bleibt, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht (s. Anm. 2).

— „geltend zu machen im Stande war" — Dieses setzt voraus, daß ihm die betreffenden Einreden zur Zeit der Erhebung der Klage bekannt waren oder doch bekannt sein mußten. (Vgl. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 172.)

§ 687.

1) Vgl. § 668 Anm. 2, 3, §§ 685—689 Anm. 1, 704 Abs. 3, 705 Abs. 5. Dem Schuldner soll hier neben dem Verfahren des § 668, („unbeschadet — — zu erheben" — vgl. §§ 666 Anm. 3, 668 Anm. 2; die Worte sind keineswegs überflüssig, wie Brettner in Busch III S. 333 annimmt) das Klagerecht ohne die Beschränkung des § 686 Abs. 2 gewährt werden. Wegen gleicher Einwendungen gegen festgestellte Konkursforderungen vgl. KO. §§ 152, 179.

2) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 8, 28; GO. f. RA. § 20.

§ 688. Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zur Erlassung des Urtheils über die in den §§. 686, 687 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen.

In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen sei. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Entscheidung über diese Anträge kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

N. Entw. § 917. Entw. I. § 603. Entw. II. § 625. Entw. III. § 637. Mot. S. 406–410. Prot. S. 361.

---

§ 688.

1) Die §§ 688, 689 behandeln den Einfluß der materiellen Einwendungen auf den Fortgang der Zwangsvollstreckung, und zwar § 688 die provisorische Wirkung, welche bis zur Erlassung des Urtheils über die Einwendungen eintritt, § 689 aber die in diesem Urtheile selbst hinsichtlich des Fortganges des Vollstreckungsverfahrens zu treffenden Anordnungen.

Abs. 1: In der Regel hat das Prozeßgericht, welches über die Einwendungen selbst entscheidet, auch über den provisorischen Einfluß derselben auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens zu befinden, nur ausnahmsweise in dringenden Fällen auch das Vollstreckungsgericht (§ 688 Abs. 2). Regelmäßige Voraussetzung ist somit wie schon aus den Worten „bis zur Erlassung des Urtheils“ hervorgeht, die vorgängige Erhebung der Klage. Indessen ist doch nicht ausgeschlossen, daß das Prozeßgericht nach Analogie des Abs. 2 anderweit für die Erfüllung jener Voraussetzung sorgt. Ist die Klage (§§ 686, 687) also noch nicht zugestellt, so kann das Prozeßgericht den Vollzug der Anordnung auch von dem Nachweise dieser Zustellung abhängig machen oder eine Frist für diesen Nachweis bestimmen. (So RG. X S. 315; Gaupp III S. 207, Wilm. Levy Anm. 1, 3. A. M.: Seuffert Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 838 u. Kleiner III S. 76, welche unbedingt den Nachweis der Zustellung der Klage verlangen; Peters a. a. O. S. 338, 339 fordert die „Anbringung der Klage beim Gericht“, d. h. die Einreichung der Klage beim Gerichtsschreiber behufs Terminsbestimmung, wodurch aber die baldige Erhebung der Klage nur wahrscheinlich wird.)

2) — „auf Antrag“ — Der Antrag kann in der Klageschrift enthalten sein, welche alsdann auch in dieser Beziehung nicht einen bloß vorbereitenden Charakter besitzt (A. M. Gaupp III S. 207).

— „die Zwangsvollstreckung — aufzuheben seien“ — Die Bestimmungen sind denjenigen des § 647 bei einem Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auf Wiederaufnahme des Verfahrens entsprechend, jedoch mit dem Unterschiede, daß die dort für die Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung festgesetzte strenge Voraussetzung des unwiederbringlichen Nachtheils für den Schuldner hier nicht Platz greift. (Vgl. z. B. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 327.) Die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln dürfen ohne Sicherheitsleistung (vgl. RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 3 S. 113) niemals aufgehoben werden (anders einerseits im Falle des § 690 Abs. 3, andererseits in dem des § 685 Abs. 1; vgl. auch RG. X S. 314). Die Aufhebung beseitigt alle Wirkungen der Vollstreckungsmaßregeln, z. B. ein erlangtes Pfändungspfandrecht.

Die Anordnung ist nicht eine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 814 ff. (vgl. §§ 814—819 Anm. 3, Peters a. a. O. S. 352 ff.).

3) — „glaubhaft zu machen“ — vgl. § 266. So auch § 9 des Rechtshülfegesetzes.

§ 689. Das Prozeßgericht kann in dem Urtheile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, die in dem vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. In Betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung finden die Vorschriften des §. 656 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 918. Entw. I. § 604. Entw. II. § 626. Entw. III. § 638. Mot. S. 406—410. Prot. S. 361.

§ 690. Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Sicherheitsleistung kann nicht an Stelle der Glaubhaftmachung treten, weil es sich nicht um eine einstweilige Verfügung handelt (s. Anm. 2 a. E., Peters a. a. O. S. 365). Das in älteren Gesetzen für die Hemmung der Vollstreckung aufgestellte Erforderniß der Liquidität ist nicht aufgenommen. Daß die Einwendung „erheblich" sein muß, wie das Rechtshülfegesetz ausdrücklich erfordert, ist selbstverständlich.

Bloße Anbringung einer Interventionsklage (§ 690) oder eines unbescheinigten Antrags berechtigt den Richter nicht, der Zwangsvollstreckung Einhalt zu gebieten (s. RG. i. Str.S. V S. 322).

4) Abs. 2: Aehnlich § 9 des Rechtshülfegesetzes.

— „die Entscheidung des Prozeßgerichts" — nicht in der Hauptsache, sondern in Gemäßheit des § 688 Abs. 1 (vgl. H. Meyer: Die Zustellung der Beschlüsse usw. S. 55 Anm. 33).

„Nach fruchtlosem — fortgesetzt" — Die Fortsetzung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, ohne daß dieser eines ferneren Beschlusses des Vollstreckungsgerichts bedarf.

5) Abs. 3: Derselbe bezieht sich auf Abs. 1 u. 2. Gegen die Entscheidung findet nach § 701 die sofortige Beschwerde statt; außerdem kann eine Aufhebung oder Abänderung in Gemäßheit des § 689 erfolgen. Die Ausführung der getroffenen Anordnung hat der Schuldner mittels Vorlegung einer Ausfertigung durch den Gerichtsvollzieher im Wege des § 691 Nr. 2 herbeizuführen, (vgl. Peters a. a. O. S. 362).

6) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1 (in der Fassung d. Ges. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2.

§ 689.

1) Dem über die Einwendungen selbst ergehenden Urtheil ist die vorläufige Vollstreckbarkeit (vgl. §§ 650—656) nicht generell (wie in älteren Gesetzen) beigelegt; vielmehr ist Alles dem freien Ermessen des Prozeßgerichts, welches — im Gegensatz zu § 688 — hier auch von Amtswegen thätig sein kann, überlassen. Jedoch bemerken die Mot.:

> „Auch bei freiem Ermessen des Gerichts, welches der Stellung desselben bei der Entscheidung über die zu gewährende Vollstreckbarkeit sachlich entspricht, wird das Urtheil regelmäßig über die vorläufig angeordneten Maßregeln in wesentlicher Uebereinstimmung mit der Entscheidung der Hauptsache Bestimmung zu treffen haben."

Sowohl hiernach wie nach dem Wortlaut des § 689 („kann") ist das Prozeßgericht nicht unbedingt verpflichtet, von Amtswegen über den Fortbestand der einstweiligen Anordnungen zu entscheiden (A. M. Peters a. a. O. S. 362). Die zu erlassenden Anordnungen sind ihrer Natur nach sofort vollstreckbar (vgl. § 817 Anm. 1 a. E.).

2) Das erlassene Urtheil unterliegt in Betreff der Hauptsache dem Angriffe nach allgemeinen Grundsätzen, soweit es jedoch Vollstreckungsanordnungen trifft, nach Analogie von § 656 Abs. 3 nicht über die Berufungsinstanz hinaus.

3) Wegen Ausführung der Anordnung gilt auch hier das § 688 Anm. 5 a. E. Gesagte.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§. 688, 689 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig.

N. Entw. § 919. Entw. I. § 605. Entw. II. § 627. Entw. III. § 639. Mot. S. 413, 414. Prot. S. 361.

---

§ 690.

Literatur: Olshausen: Die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz. Berlin 1874; Voß in Gruchot, Beitr. XXIII S. 232 f., Kühne das. S. 497 ff., Westerburg das. S. 870 ff., v. Glasenapp das. XXIV S. 245 ff., Voß das. XXV S. 349 ff., Nessel das. XXVIII S. 83 ff.; Frese: Die Exekutionsintervention nach der RCPO. Leipzig 1880; Francke in Busch, Zeitschr. V S. 208, 209; Voß im civ. Arch. 66 S. 161 ff. u. in Jahrb. f. Dogmatik XXIII S. 43 ff.; v. Schrutka in Grünhut, Zeitschr. XIII S. 298 ff.; Kahn im civ. Arch. 70 S. 409 ff.; Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft § 23 S. 101 ff.; Bunsen, Zwangsvollstreckung §§ 17—19 u. in Meckl. Zeitschr. Bd. 3 S. 374 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 832 ff.; D. J. Ztg. 1884 S. 425 ff.

1) Im Gegensatz zu den §§ 685—689, welche sich auf Einwendungen, Anträge usw. des Schuldners oder des Gläubigers beziehen, handelt § 690 von dem Widerspruche (Einwendungen) Dritter gegen die Zwangsvollstreckung (sog. Widerspruchsklage oder Exekutions-Intervention). Ein solcher Widerspruch kann, wie die Mot. hervorheben, entweder unmittelbar gegen den Vollzug des erstrittenen Urtheils gerichtet sein, indem der Dritte diejenige Sache (species) für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprozesses gewesen ist und nunmehr den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildet (§§ 769—771), oder aber gegen die Veräußerung eines beim Schuldner behufs Befriedigung des Gläubigers wegen einer Geldforderung gepfändeten Gegenstandes (§ 709). Beide Fälle trifft der § 690, obwohl der Ausdruck „die Veräußerung hinderndes" auf den ersten Fall so wenig paßt, wie auf die Pfändung von Forderungen (§§ 729 ff.). Es ist ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht gemeint. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2b, Gaupp III S. 210.) — Die Hauptintervention (§ 61) ist auch in dem ersteren Falle nicht mehr statthaft, sobald das Urtheil im Hauptprozesse in Rechtskraft übergegangen ist. Vgl. § 61 Anm. 3.

§ 690 kommt in Preußen auch bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zur Anwendung (Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 70, 71, 146, 206; vgl. Jäckel: Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien 2. Aufl. Berlin 1885. S. 290 ff., Krech u. Fischer: D. preuß. Ges., betr. d. Zwangsvollstreckung in d. unbew. Verm., v. 13. Juli 1883. Berlin u. Leipzig 1884. S. 160 ff., 166 ff., 617 ff., 717 ff.).

2) Abs. 1: — „ein die Veräußerung hinderndes Recht" — vgl. L. 15 § 4 D. de re jud. (42, 1). Welche Rechte dies sind, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht; vor allem Eigenthum, auch das s. g. publizianische, aber auch Nießbrauch (z. B. des Vaters an dem nicht freien Vermögen der Hauskinder; vgl. Krech u. Fischer a. a. O. S. 166 ff.), fideikommissarisches Recht, (dingliches) Pacht- und Miethsrecht (s. Glasenapp a. a. O. S. 266 ff.) usw. Auch die Intervention der Ehefrau wegen noch vorhandener Dotalsachen [L. 29, 30 Cod. de jure dotium (5, 12)] gehört hierher (Hann. PO. § 583); ebenso bei ehelicher Gütergemeinschaft, sofern nach der partikularrechtlichen Gestaltung derselben der Ehefrau überhaupt ein Widerspruchsrecht zusteht (s. OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. III S. 187 ff.); desgleichen die Intervention des Ehemanns, sofern durch die Vollstreckung des Urtheils gegen die Ehefrau seinen Rechten aus der Gütergemeinschaft präjudizirt wird (vgl. § 51 Anm. 2). Nicht dahin gehören solche Pfand- und Vorzugsrechte, welche lediglich einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des gepfändeten Gegenstandes gewähren; auf diese bezieht sich § 710. Andererseits aber können

dazu obligatorische Ansprüche genügen. In allen Fällen nämlich, in welchen der Schuldner lediglich Detentor der gepfändeten Sache (z. B. auf Grund eines Depositums, Mandats u. dgl.) ist, genügt zur Intervention des Dritten (Deponenten usw.) gegen den Gläubiger der Nachweis des betreffenden (obligatorischen) Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Schuldner namens des Dritten besitzt; der Nachweis des Eigenthums oder publizianischen Besitzes ist nicht erforderlich; der Gläubiger kann durch die Pfändung nicht mehr Rechte gegen den Schuldner erwerben, als dieser selbst besitzt. (S. auch OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 272, Siebenhaar S. 645, Sarwey II S. 148, Endemann III S. 176, Gaupp III S. 211—213, Weismann a. a. O. S. 102 Anm. 9, Petersen § 690 Nr. 2, Seuffert Anm. 2b, S. 767, Wilm. Levy Anm. 2, S. 871, Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 73. A. M.: v. Glasenapp a. a. O. S. 292 ff., Nessel a. a. O. S. 109, Hellmann, Lehrb. S. 833, Francke a. a. O. S. 220 ff.) Jedenfalls gilt der Satz nach preuß. Recht (vgl. ALR. I 7 §§ 162—164). Vgl. auch KO. § 35 v. „persönlichen Rechts", aus welchem sich ein argumentum a majori ad minus herleiten läßt (vgl. Gaupp a. a. O.). — Auch das Paulianische Anfechtungsrecht der Gläubiger bzw. des Konkursverwalters eignet sich zur Geltendmachung nach § 690 (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 169, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 499 ff.). Der Konkursverwalter ist hier ein „Dritter" im Sinne des § 690. — Wegen der Einrede aus Code civ. art. 2279 vgl. Kahn a. a. O. S. 422 ff.

Eine Besitz- (possessorische) Interventionsklage auf Grund des § 690 ist dagegen nicht zulässig, da bei an sich zulässiger Pfändung (vgl. §§ 678 Anm. 2, 685, 713) der Besitz einer Sache deren Veräußerung seitens eines Dritten rechtlich nicht zu hindern vermag und stets dem Rechte an der Sache weichen muß, mithin auch hier der Pfändung, welche sich auf das durch § 712 begründete Recht des Gläubigers stützt. [So auch Kühne a. a. O. S. 497 ff., welcher aber dem Dritten eine condictio possessionis geben will (hiergegen Voß im civ. Arch. 66 S. 161 ff.), Nessel a. a. O. S. 126 ff., Weismann a. a. O.; vgl. auch RG. XIV S. 363 i. A., Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Glasenapp a. a. O. 252 ff., 257, Francke a. a. O. S. 216 ff. A. M.: Westerburg in Gruchot, Beitr. XXIII S. 870 ff., Brinkmann, Die Begründung der Klagen II S. 623, Bunsen a. a. O. S. 87 ff., Seuffert Anm. 2b, Hellmann, Lehrb. S. 833, 834, OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 40 Nr. 96.] Vgl. Anm. 3, § 710 Anm. 2 a. E.

[Eine eigenthümliche Konstruktion des Widerspruchsrechts versucht Voß in Gruchot, Beitr. XXIII S. 270 ff., XXV S. 349 ff. u. in Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 79, 99 ff., indem er mit Unrecht eine Umbildung des dinglichen Rechts im Interventionsanspruche annimmt, während doch das Recht des Dritten an sich völlig unberührt bleibt und Letzterer nur bis zur Erstreitung desselben im Interventionsprozesse die öffentliche Autorität des Gerichtsvollziehers zu achten hat. (Vgl. dagegen Kühne a. a. O. S. 503 ff., v. Glasenapp a. a. O. S. 251 ff., Francke a. a. O. S. 208, 209, Förster (Eccius) III S. 95.) Auch Bunsen a. a. O. bestreitet, daß die Interventionsklage materiellrechtlicher Natur sei, und sucht ihre causa im Civilprozeßrecht, obwohl dieses doch nur die prozessualische Geltendmachung des durch die begonnene Zwangsvollstreckung beeinträchtigten Rechts normirt. (Gegen Beide s. Kahn a. a. O. S. 412 ff.)]

3) — „im Wege der Klage" — Ein eigentliches Prozeßverfahren ist nothwendig, weil es sich um materielle Rechte Dritter bzw. der Parteien des Hauptprozesses handelt. Vgl. § 686 Anm. 2.

Der Dritte muß klagend auftreten, weil hier vorzugsweise Fälle in Betracht kommen, in welchen er sich nicht im Besitze des beanspruchten Gegenstandes befindet. Ist letzteres der Fall, so kann er sich einer etwaigen Zwangsvollstreckung gegenüber auf bloßen Widerspruch beschränken und die Klage des Exekutionssuchers abwarten (vgl. §§ 710, 713, 772, Gaupp III S. 216, Fitting § 83 Anm. 17, Mandry S. 281 Anm. 49); er ist jedoch — abgesehen von der Beschwerde gegen den Gerichtsvollzieher auf Grund des § 685 — auch berechtigt, gegen den andrängenden Gläubiger eine selbständige Klage mit negativem Klageantrage anzustellen (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 80, obLG. f. Bayern das. 38 Nr. 192, Nessel a. a. O. S. 126 ff., Wilm. Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 2c. A. M. Francke a. a. O. S. 205 ff.).

Der Klagantrag ist zunächst darauf zu richten, daß die Zwangsvollstreckung in Bezug auf den Gegenstand für unzulässig zu erklären und mithin einzustellen bzw. aufzuheben sei. Die Freigebung oder die Einwilligung in diese ist dafür nur ein anderer Ausdruck. Mit diesem Antrage kann aber auch — die Zuständigkeit des Gerichts vorausgesetzt — eine selbständige Klage auf Anerkennung des fraglichen Rechts bzw. auf Herausgabe des Gegenstandes nach § 232 verbunden werden (vgl. Endemann III S. 175, Gaupp III S. 209, 210, Seuffert Anm. 2d u. 3, Petersen § 690 Nr. 2). [Bezüglich des Werths des Streitgegenstandes kommt § 6 zur Anwendung.]

Die Klage kann dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zugestellt werden, welcher keiner besonderen Vollmacht für den Interventionsprozeß bedarf (§ 77 Anm. 2).

Der Widerspruch kann geltend gemacht werden, bis die Zwangsvollstreckung beendigt, d. h. bei derjenigen in körperliche Sachen, bis die gepfändete Sache versteigert und der Erlös dem Gerichtsvollzieher ausgezahlt bzw. die Sache demselben herausgegeben ist. Durch Sicherheitsleistung und Hinterlegung in den Fällen der §§ 716 Abs. 2, 720 tritt eine Beendigung noch nicht ein. Vom Zeitpunkte der Versteigerung verwandelt sich der bereits vorher erhobene Anspruch in ein Anrecht auf den Erlös (vgl. KO. § 38). Ob noch nach diesem Zeitpunkte eine Vindikationsklage gegen den Erwerber oder eine Klage gegen den Gläubiger auf Herausgabe des Erlöses aus der Bereicherung stattfindet, richtet sich, abgesehen von § 709 Abs. 2, nach bürgerlichem Recht. [Vgl. auch Siebenhaar S. 644 Anm. *, Wilm. Levy Anm. 6, Sarwey II S. 148 Anm. 1, Gaupp III S. 211, Nessel a. a. O. S. 89 u. A. Die Zulässigkeit der Klage auf Herausgabe des Erlöses und Vergütung des vollen Werths der Sache bejaht nach § 236 OLG. Rostock in Seuffert, Arch. 39 Nr. 173; vgl. auch OLG. Cassel das. 37 Nr. 355. A. M. RG. XIII S. 180 (preuß. Sache).]

Wegen der Gebühren s. GKG. § 18, GO. f. RA. § 13.

4) — „bei dem Gerichte — die Zwangsvollstreckung erfolgt" — Dieses Gericht ist unter Abweichung von allgemeinen Grundsätzen über die örtliche Zuständigkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen für (ausschließlich — § 707) zuständig erklärt. Wegen gepfändeter Forderungen s. Anm. 9. Die allgemeinen Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit bleiben unberührt (ebenso Rechtshülfegesetz § 8, Hann. PO. §§ 583, 584, Bayer. PO. Art. 840, 870, N. E. usw.). Die Anweisung an die Hinterlegungsstelle zur Auszahlung einer vom Intervenienten nach §§ 688, 690 hinterlegten Summe erläßt das Vollstreckungsgericht (RG. XII S. 394).

5) Abs. 2: Die Klage ist stets gegen den Gläubiger als den eigentlichen Gegner des Dritten zu richten. Ob sie zugleich gegen den Schuldner, welcher ja den Anspruch vielleicht anerkennt, zu richten ist (bei der Hauptintervention muß dieses nach § 61 immer geschehen; s. auch Preuß. AGO. I 24 § 76, Hann. PO. § 584 Abs. 2), hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab. Häufig wird, wenn der Schuldner den Anspruch bestreitet, gegen diesen die Feststellungsklage (§ 231) mit der Interventionsklage verbunden. Auch wenn die Herausgabe des Streitgegenstandes von dem widersprechenden Schuldner gefordert wird (vgl. Anm. 3), ist die Verbindung zur Erstreitung eines rechtskräftigen Urtheils gegen den Schuldner nothwendig.

Erkennt der Gläubiger den Anspruch sofort an, so greift § 89 Platz.

6) „Streitgenossen" — vgl. §§ 56 ff. Die Streitgenossenschaft ist, soweit nicht neben der Feststellung des Interventionsanspruchs eine andere Leistung des Schuldners in Frage kommt, eine nothwendige; auch kann das streitige Rechtsverhältniß bezüglich der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur einheitlich festgestellt werden. (Vgl. auch Weismann a. a. O. S. 102 Anm. 10.) In dieser Beschränkung kommen daher die §§ 59, 428, 434 zur Anwendung. Vgl. auch § 261 Anm. 3. (Uebereinstimmend Sarwey II S. 149, Petersen § 690 Nr. 2, Fitting § 83 Anm. 18, Endemann III S. 176, Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 8 u. A.; abweichend Puchelt II S. 522.)

7) Abs. 3: Die Erhebung der Interventionsklage hat nicht unbedingt (wie nach Hann. PO. § 594 Abs. 3) die Hemmung der Zwangsvollstreckung zur Folge. Aber das Gericht kann auf

§ 691. Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

1. wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß das zu vollstreckende Urtheil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist;
2. wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist;
3. wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist;
4. wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urtheils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat;
5. wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergiebt, daß nach Erlassung des Urtheils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe zur Auszahlung an den letzteren bei der Post eingezahlt ist.

N. Entw. § 920. Entw. I. § 606. Entw. II. § 628. Entw. III. § 640. Mot. S. 414, 415. Prot. S. 366, 367.

Antrag dieselben Anordnungen erlassen, welche in § 688 bezüglich der Fälle der §§ 686, 687 gestattet sind. Eine Abweichung (Erleichterung der Aufhebung) enthält der Schlußsatz. (Vgl. §§ 688 Anm. 2—6, 689 Anm. 1—3, ferner Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 65, Frese a. a. O. S. 17, 18.) Eine eigentliche Vollstreckung des im Interventionsprozesse ergehenden Urtheils ist nicht erforderlich; vielmehr genügt die Vorlegung der Ausfertigung der betreffenden vollstreckbaren Entscheidung (vgl. §§ 691 Nr 1, 692, Frese a. a. O. S. 19 ff.).

Auch in den Fällen übrigens, in welchen der Dritte eine Einstellung nicht erreicht hat, kann der Gläubiger nach erhobener Widerspruchsklage gemäß § 236 Abs. 2 eine Veräußerung der gepfändeten Sache nur auf seine Gefahr vornehmen und haftet daher nicht bloß für den Erlös, sondern für den vollen Werth der Sachen. Vgl. § 236 Anm. 2.

Zu den dem obsiegenden Kläger zu erstattenden Kosten gehören auch die des Einstellungsverfahrens (OLG. Dresden in Busch Zeitschr. VII S. 515).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2.

8) Der § 690 findet — namentlich auch bezüglich des Gerichtsstandes — auf Anfechtung von Sicherheitsarresten und einstweiligen Verfügungen von Seiten eines Dritten entsprechende Anwendung (vgl. §§ 804, 805 Anm. 2, 815).

9) Auf die Geltendmachung des durch frühere Zession erworbenen Eigenthums einer gepfändeten Forderung findet § 690 wenigstens entsprechende Anwendung (vgl. RG. IV S. 111, XII S. 380 ff., Seuffert Anm. 2b a. E., Wilm. Levy Anm. 6 i. A., Nessel a. a. O. S. 84 u. A. A. M. Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 119, 120). Das Gericht, bei welchem die Zwangsvollstreckung erfolgt, ist hier das, welches den Pfändungsbeschluß (§ 730) erlassen hat (RG. XII S. 379). — Ein Gleiches gilt nach gemeinem Recht namentlich auch bei einer Pfändung der Früchte eines Pächters auf dem Halm, wenn diese Früchte vor der Pfändung bereits einem Dritten abgetreten waren (vgl. § 714 Anm. 6, OLG. Cassel in Seuffert, Arch. 37 Nr. 355. A. M. Preuß. OT. das. 35 Nr. 274).

§ 691.

1) Der Gerichtsvollzieher hat, während er auf Anweisung des Gläubigers jederzeit die Vollstreckung einstellen oder beschränken muß (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 60), in der Regel Einwendungen oder Widersprüchen des Schuldners oder Dritter keinen Einfluß auf

den Fortgang der Zwangsvollstreckung einzuräumen. Der § 691 enthält eine Anweisung für den Gerichtsvollzieher (bzw. das sonstige Vollstreckungsorgan), in welchen Fällen er ausnahmsweise auf Grund derselben die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken hat. Die Nr. 1 und 2 setzen eine zuvorige Entscheidung des Gerichts über die Maßregel, um deren Durchführung es sich handelt, voraus. Die Nr. 3—5 enthalten nach den Mot. Fälle einer unmittelbaren Einwirkung des Gerichtsvollziehers. (Die Nr. 3 ist aber, wie Wilm. Levy Anm. 1 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und auf Satz 1 des § 692 mit Recht bemerken — s. auch Petersen §§ 691, 692 III, Gaupp III S. 218 Anm.*) u. A. — wohl nur aus Irrthum hierher gerechnet, während sie mit Nr. 1 u. 2 auf gleicher Linie steht.) In den letzteren Fällen ist der Einfachheit der Sachlage wegen eine Dazwischenkunft des Gerichts nicht für nothwendig erachtet. Die Mot. bemerken hierüber:

„Es liegt im Interesse beider Theile, daß der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung unter Aufrechthaltung des status quo vorläufig einstellt, im Falle der Nr. 3 sogar aufhebt und nur auf Verlangen des in Kenntniß gesetzten Gläubigers fortsetzt; daß er zu einer solchen Fortsetzung berechtigt und verpflichtet ist, bedurfte als selbstverständlich keiner besonderen Sanktion durch das Gesetz. Im Falle der Fortsetzung ist der Schuldner genöthigt, wie er schon vorher berechtigt ist, die Einstellung bei dem Gerichte zu beantragen."

Wäre der Gerichtsvollzieher nicht auf Verlangen des Gläubigers zur Fortsetzung verpflichtet so würde, da im Falle des § 686 nur die Klage des Schuldners zulässig ist, der Gläubiger kein Mittel in Händen haben, die endliche Erledigung des Vollstreckungsverfahrens herbeizuführen.

Die Vorlegung (nicht Aushändigung) der Ausfertigung ꝛc. an den Gerichtsvollzieher hat seitens des Schuldners bzw. Dritten zu erfolgen, welcher die Anordnung erwirkt bzw. die Urkunde im Besitz hat (vgl. § 688 Anm. 5 a. E.).

— „einzustellen oder zu beschränken" — Der erstere Ausdruck bezieht sich auf eine gänzliche Hemmung des Fortgangs der Zwangsvollstreckung, der letztere auf eine Einschränkung des Umfangs derselben.

2) Nr. 1 u. 2: Die „Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung" in Nr. 1 bildet den Gegensatz zu der „Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung" in Nr. 2.

Erstere — nicht zu verwechseln mit der vollstreckbaren Ausfertigung einer Entscheidung (§ 662), auf Grund deren die Ausführung der Zwangsvollstreckung erfolgt — bezieht sich auf Fälle, in denen die definitive Aufhebung der Vollstreckung in Folge eines Urtheils angeordnet ist. Weil Endurtheile an sich der Berufung unterliegen und die Berufung aufschiebende Wirkung hat, so muß noch das Erforderniß der Vollstreckbarkeit — Rechtskraft oder vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 644 Abs. 1) — aufgestellt werden, um von der Vorlegung des Urtheils die Aufhebung der Zwangsvollstreckung abhängig zu machen.

Die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung (Nr. 2) genügt in Fällen, in denen nur eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer einzelnen Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist. Weil diese Entscheidungen nur der sofortigen Beschwerde unterliegen (§§ 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688, 689, 690 Abs. 3, 701) und letztere keine aufschiebende Wirkung hat (§§ 535, 540), ist es nicht nöthig, für sie das Erforderniß der Vollstreckbarkeit hervorzuheben (Erklärung des Regierungskommissars in der RTK. — Prot. S. 366; vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 1).

3) Nr. 1: Die Mot. sagen:

„Daß in Nr. 1 die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung verlangt wird, enthält keine Einschränkung der Vorschrift des § 655, nach welcher rücksichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils jede das Urtheil oder die Vollstreckbarkeit aufhebende Entscheidung sofort und ohne Weiteres wirkt; insoweit ist die Entscheidung eben vollstreckbar. In jedem anderen Falle, also sowohl bei der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils, wie bei dem Widerspruche eines Dritten gegen die Vollstreckung (§ 690) ist dagegen, abgesehen von dem Falle der Nr. 2, die Vollstreckbarkeit der Entscheidung nach den allgemeinen Regeln festzustellen."

Mit der Vollstreckungsklausel braucht die Ausfertigung nicht versehen zu sein (vgl. Anm. 2).

Fälle, in denen das zu vollstreckende Urtheil aufgehoben ist, sind insbesondere solche, in denen die in § 686 behandelten Einwendungen des Schuldners für begründet erachtet werden; über Fälle, in denen die vorläufige Vollstreckbarkeit des zu vollstreckenden Urtheils aufgehoben ist, vgl. § 655; Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, s. in §§ 668 Abs. 1, 687, 690; solche, in denen die Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet ist, s. in §§ 689, 690.

4) Nr. 2: Fälle der §§ 647, 657, 668 Abs. 2, 685, 688, 690 Abs. 3 (nicht auch § 689 — übereinstimmend Gaupp III S. 219, Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. anscheinend Endemann III S. 179). Die Vollstreckbarkeit brauchte hier nicht hervorgehoben zu werden, weil es sich um Entscheidungen handelt, gegen welche nur die Beschwerde zulässig ist (vgl. §§ 701, 702 Nr. 3, Mot. S. 366).

5) Nr. 3: — „öffentliche Urkunde" — vgl. § 380.

— „die zur Abwendung — Hinterlegung" — vgl. §§ 647, 652, 668 Abs. 2, 688, 690 Abs. 3.

6) Nr. 4: Der öffentlichen Urkunde steht nur eine vom Gläubiger, nicht von einem Dritten (auch nicht von einem Stellvertreter) ausgestellte Privaturkunde (Quittung, Stundungsbekenntniß) gleich. Es ist Sache des Schuldners, den Gerichtsvollzieher durch Beglaubigung oder auf sonstige Weise von der Echtheit der Unterschrift des Gläubigers zu überzeugen (vgl. § 405, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 3, § 60). Auch die Zahlung an das gesetzliche Vollstreckungs-Organ hat die Einstellung der Zwangsvollstreckung zur Folge (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 516). Andere Einwendungen als die der Befriedigung und der Stundung hat der Gerichtsvollzieher, auch wenn deren Entstehung nach Erlassung des Urtheils in Gemäßheit der Vorschrift der Nr. 4 urkundlich bescheinigt worden ist, nicht zu berücksichtigen, vielmehr dem Schuldner die Geltendmachung bei dem Prozeßgerichte (§ 686) zu überlassen (vgl. Preuß. AGO. I 24 § 46). Ob nicht trotz der Urkunde die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten fortzusetzen, hat zunächst der Gerichtsvollzieher nach § 87 zu ermessen (vgl. Busch, Zeitschr. VIII S. 297 ff.).

Nach dem Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbew. Verm., v. 13. Juli 1883 § 70 Abs. 2 findet die Einstellung des Verfahrens in den Fällen des § 691 Nr. 4, 5 der CPO. nur auf Grund einer nach § 688 ebenda zu erlassenden Anordnung statt. Dieselbe ist also hier wesentlich erschwert.

7) Nr. 5: Der Postschein (Einlieferungsschein — Postordn. v. 8. März 1879 § 16 VII) über die Einzahlung der betreffenden Summe (Aufgabe durch Postanweisung) — nicht blos über die Absendung eines mit entsprechender Werthdeklaration versehenen Briefes — begründet die Vermuthung, daß die betreffende Summe an den Gläubiger gelangt ist. (Vgl. Nordd. Prot. S. 1993, 1994, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 4.)

8) In allen Fällen des § 691 kann der Schuldner oder Dritte, wenn der Gerichtsvollzieher die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung verweigert, sich nach Vorschrift des § 685 mit Anträgen an das Vollstreckungsgericht wenden; desgleichen der Gläubiger, wenn der Gerichtsvollzieher einen der Fälle des § 691 mit Unrecht als vorhanden angenommen und in Folge dessen die Zwangsvollstreckung eingestellt oder beschränkt hat. In den Fällen Nr. 4 u. 5 kann der Schuldner bei Verweigerung der Einstellung oder der Beschränkung auch Klage nach § 686 erheben.

In allen Fällen hat nach § 682 der Gerichtsvollzieher ein Protokoll über den Vorgang aufzunehmen und von der Einstellung oder Beschränkung den Gläubiger zu benachrichtigen (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 59 Abs. 2, 3).

9) Die Fortsetzung einer eingestellten Zwangsvollstreckung kann in den Fällen der Nr. 1 u. 2 vom Gläubiger nur durch Vorlegung einer die Einstellung aufhebenden gerichtlichen

§ 692. In den Fällen des §. 691 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. In den Fällen der Nr. 4, 5 bleiben diese Maßregeln einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nr. 2, sofern nicht durch die betreffende Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet ist.

N. Entw. § 921. Entw. I. § 607. Entw. II. § 629. Entw. III. § 641. Mot. S. 414, 415. Prot. S. 367.

§ 693. Eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlaß desselben fortgesetzt.

Ist bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nöthig, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

N. Entw. § 923. Entw. I. § 608. Entw. II. § 630. Entw. III. § 642. Mot. S. 415, 416. Prot. S. 367.

Entscheidung herbeigeführt werden; ein dies aussprechender Satz des H. E. § 678 Nr. 2 ist von der Nordd. Prozeßkommission als selbstverständlich weggelassen (vgl. Nordd. Prot. S. 1985, 1994; Gaupp III S. 220). Ist im Falle der Nr. 2 die Einstellung nur für eine bestimmte Zeit angeordnet, so ist die Zwangsvollstreckung nach Ablauf dieser Zeit fortzusetzen (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 2). Im Falle der Nr. 4 hat bei einer Stundung auf bestimmte Zeit der Gerichtsvollzieher nach Ablauf der letzteren die Vollstreckung ohne Weiteres fortzusetzen (ebendas. § 60), bei einer Stundung auf unbestimmte Zeit oder einer (angeblichen) Befriedigung einen neuen Antrag des Gläubigers abzuwarten (vgl. das. § 59 Abs. 4 Nr. 5, Nordd. Prot. S. 1994).

10) Für Preußen s. wegen Einstellung des Verfahrens bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen §§ 70, 71, 146, 206 des Ges. v. 13. Juli 1883 und oben Anm. 6 a. E.

11) Wegen Einflusses des Konkurses auf Zwangsvollstreckungen (begonnene und nicht begonnene) s. KO. §§ 11, 102, 108.

§ 692.

1) Der § 692 handelt im Gegensatz zu § 691 von der Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln (vgl. § 688 Anm. 2). Dieselbe findet der Natur der Sache nach in weit beschränkterem Maße statt, als die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung.

2) — „einstweilen bestehen“ — d. h. bis entweder der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aufgiebt oder die Fortsetzung beantragt (vgl. § 691 Anm. 1, 9) oder der Schuldner eine gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 691 Nr. 1 oder 2 oder auf Grund des § 686 herbeigeführt hat (vgl. auch Krech und Fischer, Zwangsvollstreckung S. 176, Seht in Ann. d. Bad. Gerichte Bd. 49 S. 300 ff. A. M. Rizi das. S. 249 ff.).

§ 693.

1) Abs. 1: Ist ein Urtheil beim Tode des Schuldners noch nicht vollstreckbar (rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar — § 644), so kommen die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens (§§ 217, 223, 226) zur Anwendung. Stirbt der Schuldner nach eingetretener Vollstreckbarkeit, aber vor Beginn der Vollstreckung selbst, so kann letztere nicht beginnen, bevor nicht nach Maßgabe der §§ 665, 666 eine auf den Namen des Erben lautende vollstreckbare Ausfertigung erwirkt worden ist, gleichviel ob auf den Namen des Erblassers eine vollstreckbare Ausfertigung bereits ertheilt war oder nicht (vgl. die allg. Bem. zu den §§ 664, 665). Stirbt aber der Schuldner erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung, so wird letztere in die bereits von der Zwangsvollstreckung ergriffenen Gegenstände bzw. in den übrigen Nachlaß, sofern dieser als solcher noch äußerlich erkennbar vorhanden ist, ohne weitere Zwischenhandlungen fortgesetzt, selbstverständlich vorbehaltlich der Befugniß der Erben, gegen die Fortsetzung beim

§ 694. Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen.

N. Entw. § 922. Entw. I. § 609. Entw. II. § 631. Entw. III. § 643. Mot. S. 415, 416. Prot. S. 367.

Gerichte Widerspruch zu erheben (vgl. § 696 Abs. 2, Hann. PO. § 543 Abs. 1, Bayer. PO. Art. 833). Die Deliberationsfrist hemmt die Zwangsvollstreckung nicht (s. § 694 Anm. 1, Nordd. Prot. S. 2009). Will dagegen der Gläubiger den Erben des Schuldners über den Nachlaß hinaus in Anspruch nehmen, so muß er, auch wenn der Schuldner erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben ist, in Gemäßheit des § 665 eine neue vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben erwirken. Vgl. jedoch § 696.

— „bereits begonnen hatte" — vgl. § 671 Anm. 1.

Der Abs. 1 ist auf andere Fälle der Unterbrechung des Verfahrens in der Person des Schuldners oder seines Anwalts als der Tod (vgl. §§ 219, 221) insofern entsprechend anzuwenden, als die Zwangsvollstreckung dadurch ebenfalls nicht unterbrochen wird (vgl. Wach I S. 280).

2) Abs. 2: — „bei ruhender Erbschaft" — Eine solche kann nach preuß. und franz. Recht nicht vorkommen, weil Delation und Erwerb der Erbschaft zusammenfallen (le mort saisit le vif). [Vgl. ALR. I 9 §§ 367, 368, Code civ. art. 724; Koch: Preuß. Erbrecht S. 13, 14, Gruchot: Preuß. Erbrecht I S. 43 ff., Dernburg III § 99, Förster (Eccius) IV § 268.] Ebensowenig kommt sie nach gem. Recht beim suus et necessarius heres vor (vgl. Windscheid, Pand. III §§ 530, 531). Es spricht aber vieles dafür, dennoch auch hier den Abs. 2 bis zu dem Zeitpunkte entsprechend anzuwenden, wo der Erbe sich endgültig über die Uebernahme der Erbschaft (vgl. ALR. a. a. O. § 383, Code civ. art. 774 ff.) erklärt hat. Denn bis zu diesem Zeitpunkte ist der Erbe auch hier thatsächlich schutzlos, da er wegen der Gefahr, sich für die Annahme zu präjudiziren, nicht wagen darf, bei der Vollstreckungshandlung die Rechte des verstorbenen Schuldners wahrzunehmen. Vgl. auch Nordd. Prot. S. 2011 („wenn es an einem gegenwärtigen Vertreter der Erbschaft fehle"). Mit dem Wortlaut ist dies freilich schwer in Einklang zu bringen. (Vgl. auch Dernburg III § 99 S. 278, § 216 S. 596, § 218 S. 630, Förster (Eccius) IV § 269 S. 594, Seuffert § 694 Anm. 1, Gaupp III S. 223, Wilm.-Levy § 694 Anm. 3.)

— „oder wenn — unbekannt ist" — Ist bereits vom Nachlaßgericht ein Pfleger bestellt (vgl. Preuß. ALR. I 9 §§ 471 ff., Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 § 89), so vertritt dieser den Nachlaß bzw. den Erben. Vgl. § 694. (Zustimmend Petersen §§ 693, 694 Nr. 2 a. E., Endemann III S. 183 u. A.)

Die Bestellung ist hier — abweichend von der analogen Bestimmung des § 694 — auf die Fälle beschränkt, in denen die Zuziehung des Schuldners bei einer Vollstreckungshandlung vorgeschrieben (vgl. z. B. §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3, 730 Abs. 2, 769; auch eine vorgeschriebene Benachrichtigung desselben gehört hierher — vgl. Seuffert Anm. 2, Petersen a. a. O., Gaupp a. a. O.), oder aus thatsächlichen Gründen (z. B. § 712 Abs. 2) nach Ermessen des Vollstreckungsgerichts erforderlich ist, weil in allen anderen Fällen bei der nach Abs. 1 ohne Weiteres zulässigen Fortsetzung der Vollstreckung in den Nachlaß ein besonderer Vertreter (defensor) des Nachlasses bzw. des Erben nicht erforderlich erscheint. Vgl. im Uebrigen § 694 Anm. 1.

Die Anwendung des Abs. 2 ist nicht ausgeschlossen, wenn die Vollstreckung auf einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheil beruht (Wilm. Levy Anm. 5, Hellmann III S. 60, Gaupp III S. 224. A. M. Sarwey II S. 154, welcher in diesem Falle die Bestellung eines Nachlaßkurators nach Analogie des § 694 für nothwendig hält).

3) Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6).

§ 695. Der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte kann die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urtheile vorbehalten ist.

N. Entw. § 924. Entw. I. § 610. Entw. II. § 632. Entw. III. § 644. Mot. S. 416. Prot. S. 367.

---

§ 694.

1) Der § 694 wiederholt die in § 693 Abs. 2 für den Fall, daß der Schuldner erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben ist, in beschränktem Umfange (§ 693 Anm. 2) gegebene Vorschrift allgemein für den Fall, daß der Schuldner vor diesem Zeitpunkte gestorben ist; jedoch tritt an die Stelle des Vollstreckungsgerichts hier das zuständige Nachlaßgericht und an die Stelle des einstweiligen besonderen Vertreters der „Kurator" (Pfleger) für alle Rechtsverhältnisse des Nachlasses. Der Zweck der Bestellung ist, Verzögerungen der Vollstreckung zu vermeiden, die aus dem Mangel einer Person, gegen welche die Zwangsvollstreckung zu richten ist (vgl. § 665), entstehen könnten.

„Die Rücksicht auf die Rechte des Gläubigers muß zu Gunsten des Fortgangs der Vollstreckung auch bei ruhender Erbschaft (Meckl. Exek.-Ordn. §§ 5, 6, Preuß. AGO. I 24 § 15) überwiegen und dies selbst da, wo der mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe bestimmte Verpflichtungen zur gleichmäßigen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger hat (Preuß. ALR. I Tit. 9 §§ 452 ff.); denn der berufene Erbe kann durch rechtzeitige Entschließung (vgl. z. B. Preuß. Verordn. vom 4. März 1834 § 2 und Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855 §§ 342 ff.) jeden drohenden Nachtheil abwenden". (Mot.)

Die Preuß. AGO. I 24 § 15 handelt von der Deliberationsfrist, während welcher der Erbe nach § 386 I 9 ALR. Prozesse für und gegen den Erblasser fortzusetzen nicht verpflichtet ist (vgl. § 217 Anm. 2). Diese landesgesetzlichen Bestimmungen sind, was die Zwangsvollstreckung anlangt, durch die CPO. stillschweigend beseitigt. (So auch Gaupp III S. 225. A. M.: Dernburg III § 218 Anm. 15, S. 629 und Wilm. Levy Anm. 3 a. E., weil die Vorschrift materiellrechtlichen Charakters sei. S. dagegen Förster (Eccius) IV § 269 Anm. 26 und 31). Freilich ist der Begriff „ruhende Erbschaft" auch hier zu eng (vgl. § 693 Anm. 2.) Indessen ist die Deliberationsfrist keinesfalls abzuwarten (wie auch Wilm. Levy a. a. O. anerkennen). Es kommt darauf an, ob der Erbe noch ungewiß ist. Nach § 1 Abs. 2, § 2 d. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereiche des ALR., v. 28. März 1879 (GS. S. 293), kann indessen der Nachlaßpfleger wie jeder Benefizialerbe durch den Antrag auf Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer die Zwangsvollstreckung einstweilen beseitigen (einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrag erfolgten Vollstreckungsmaßregeln). Diese Vorschrift tritt an Stelle des in den Mot. noch allegirten § 2 d. Verordn. v. 4. März 1834. Die §§ 342—361 d. KO. v. 8. Mai 1855 sind durch § 18 des erwähnten Ges. aufgehoben (vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 275 ff.).

Die neue Vollstreckungsklausel, welche im Falle des § 694 nach § 665 erforderlich ist, muß gegen den Kurator ertheilt werden (Sarwey II S. 155, Hellmann III S. 60, Wilm. Levy Anm. 3, Petersen §§ 693, 694 Nr. 3 u. A. A. M. Seuffert Anm. 3).

Wegen des Konkurses über den Nachlaß s. §§ 218, 220.

2) Die landesgesetzlichen Vorschriften über ein erbschaftliches Liquidationsverfahren werden durch die Bestimmungen der §§ 693, 694 nicht berührt (E. G. z. CPO. § 15 Nr. 3). Zu jenen Vorschriften gehören aber auch diejenigen, welche den Einfluß desselben auf die Zwangsvollstreckung betreffen (vgl. für Preußen das Anm. 1 angeführte Ges. v. 28. März 1879). Vgl. auch § 696 Abs. 2.

§§ 695, 696.

Literatur: Warmuth in Busch, Zeitschr. IX S. 247 ff., Boas in Gruchot, Beitr. XXX S. 265 ff., Hellmann, Lehrb. S. 829, 830.

Die §§ 695, 696 behandeln die prozessualische Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars (beneficium inventarii); § 695 enthält die prozessualische Voraussetzung der Geltendmachung, § 696 regelt die weitere Gestaltung im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Ueber den materiellen Inhalt der Rechtswohlthat (s. § 696 Abs. 2) und die außerprozessualischen Voraussetzungen, unter welchen sich der Erbe auf dieselbe berufen kann, entscheidet lediglich das bürgerliche Recht. Nach gem. und preuß. Recht genügt der Nachweis der (rechtzeitigen) Legung des Inventars (vgl. Windscheid, Pand. III § 606, Preuß. ALR. I 9 §§ 423 ff., Dernburg III § 222, Förster (Eccius) IV § 270 S. 611 ff., RG. I S. 98). S. auch Code civ. art. 793 ff.

Hiernach bleiben, obwohl (vgl. Mot. S. 416) § 696 Abs. 1 auf der Ansicht beruht, welche die Rechtswohlthat als eine Einschränkung dem Werth (Betrag), nicht dem Gegenstande nach auffaßt [vgl. einerseits L. 22 pr. § 4 Cod. de jur. del. (6, 30), Windscheid a. a. O. Anm. 2, Brinz, Pandekten S. 677, Gruchot, Beitr. I S. 169, Randa, Erwerb der Erbschaft S. 112 ff., andrerseits Preuß. ALR. I 9 §§ 422 ff., RG. VIII S. 268, 271 [landrechtl. Sachen], Entsch. d. preuß. OT. 66 S. 70, Kammerger. Berlin in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 277, Gruchot, Preuß. Erbr. I S. 177 ff., Dernburg III §§ 223, 224, Förster (Eccius) IV § 270 S. 603 ff., Unger, Oesterr. Erbr. § 42 Anm. 8], sofern der Erbe sich auf die Rechtswohlthat beruft, die civilrechtlichen Vorschriften bzw. Kontroversen hinsichtlich der Wirkung der Rechtswohlthat in Wirksamkeit.

Für diejenigen Länder, wo der Grundsatz gilt, daß der Erbe nie über die Kräfte der Erbschaft haftet (vgl. z. B. Hamburg, Lübeck, Sächs. BGB. §§ 2328—2332), sind somit die §§ 695, 696 gegenstandslos. (So auch Siebenhaar S. 648, Petersen §§ 695, 696 Nr. 1 a. E., Endemann III S. 185, Warmuth a. a. O. S. 251. A. M. hinsichtlich des § 696: Wilm.-Levy §§ 695 Anm. 1, 696 Anm. 1, Seuffert Anm. 5, Hellmann, Lehrb. S. 830, weil der Erbe in den betreffenden Gebieten kraft Gesetzes den als Benefizialerben Verurtheilten gleichstehe.)

§ 695.

1) Der auch im P. E. § 984 und N. E. § 924 sich findende Satz stimmt mit allgemeinen Grundsätzen über die Rechtskraft überein, da die Rechtswohlthat des Inventars nicht blos die Art der Vollstreckung, sondern den Umfang der Verpflichtung des Beklagten berührt. Er entscheidet zugleich eine besonders im Gebiete des preuß. Rechts entstandene Kontroverse [vgl. AGO. I 24 § 19, Verordn. v. 4. März 1834 § 2 (GS. S. 31), Koch, Proz.-Ordn. S. 665].

2) Zur Erhaltung des Rechts des Beklagten genügt ein Vorbehalt im Urtheil. Eine Entscheidung im Urtheil, daß dem Beklagten die Rechtswohlthat zustehe, oder daß derselbe nur aus dem Nachlasse zu zahlen habe (vgl. RG. VIII S. 273), ist mithin nicht erforderlich. Dieselbe ist in manchen Fällen nicht einmal möglich (z. B. wenn die Frist noch läuft) oder doch nicht angemessen. (Vgl. Dernburg III S. 646 Anm. 61; Seuffert Anm. 1 a. E., Warmuth a. a. O. S. 250 ff. u. A.)

> „Aus dieser (der Nothwendigkeit eines Vorbehalts) ist die Nothwendigkeit einer Entscheidung über das Recht des Beklagten, sich auf die Rechtswohlthat zu berufen, nicht zu entnehmen, wenn diese Entscheidung auch bei vollständig erörterter Sache erfolgen kann. Ist der Schuldner in der Lage, die Rechtswohlthat durch Errichtung des Inventars erst noch wahren zu müssen, so kann nicht mehr als ein Vorbehalt erfolgen. Ebenso würde es durchaus unzweckmäßig sein, den nur möglicher Weise erheblichen Streit, ob die Rechtswohlthat gewahrt sei, mit der Hauptsache zu verbinden, wenn die Entscheidung über denselben das Urtheil in der Hauptsache aufhalten würde." (Mot.)

Ist der Vorbehalt im Urtheil nicht gemacht, so haftet der Erbe persönlich für die Urtheilsschuld. Wegen des Fehlens des Vorbehalts stehen ihm dieselben Rechtsbehelfe zu wie gegen den übrigen Inhalt des Urtheils, nämlich ein Ergänzungsantrag (§ 292), bzw. die sonst zulässigen Rechtsmittel, je nachdem das Fehlen auf einem Uebergehen oder auf einer Aberkennung

§ 696. Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden.

Inwieweit der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§. 686, 688, 689.

N. Entw. § 925. Entw. I. § 611. Entw. II. § 633. Entw. III. § 645. Mot. S. 416, 417. Prot. S. 367.

---

beruht. (So auch Sarwey II S. 156, Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 348. A. M.: Petersen §§ 695, 696 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann III S. 61 u. Lehrb. S. 830, Warmuth a. a. O. S. 256, Gaupp III S. 227, v. Bülow Anm. 1, Kleiner III S. 89, welche auch im ersteren Falle einen Ergänzungsantrag nicht zulassen, weil es sich um ein Vertheidigungsmittel, nicht um einen Anspruch handle; indessen dürften mit Rücksicht darauf, daß über das Vertheidigungsmittel im Urtheil nicht entschieden zu werden braucht, sondern nur ein Vorbehalt erforderlich ist, die §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden.) Die Entscheidung des Streits im Vollstreckungsverfahren gehört auf Grund des § 686 vor das Prozeßgericht erster Instanz.

3) Im Mahnverfahren muß die Rechtswohlthat geltend gemacht werden (RG. in Busch, Zeitschr. X S. 249 Anm.*. A. M. die Red. das., da es sich hier nicht um eine Verurtheilung handle). Ebenso im Verfahren behufs Erlassung eines Vollstreckungsurtheils (§§ 660, 868). Auf andere Vollstreckungstitel bezieht sich die Vorschrift nicht (vgl. Wilm. Levy Anm. 1).

§ 696.

1) Abs. 1: — „welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt ist" — Beide Fälle betreffen im Gegensatz zu den Worten „oder gegen — — begonnen hat" Erben, welche als solche bereits früher verurtheilt worden sind, und unterscheiden sich nur dadurch von einander, daß bei dem ersteren der Anspruch auf die Rechtswohlthat bereits feststeht. Vgl. § 695 Anm. 2.

2) — „gegen welchen — begonnen hat" — d. h. gegen einen Erben, gegen welchen die Zwangsvollstreckung aus einem bereits gegen den Erblasser ergangenen Urtheile begonnen hat (selbstverständlich auf Grund einer gegen Ersteren ausgestellten Vollstreckungsklausel; vgl. § 693 Anm. 1). Anders § 693 Abs. 1.

3) — „bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis — werden" — Die Zwangsvollstreckung findet darnach auch gegen den Erben in gewohnter Art — nicht blos in Gegenstände des Nachlasses (wie in dem Falle des § 693) — statt; erst im Wege der Einwendung (Abs. 3) kommt die Rechtswohlthat zur Geltung. Dies gilt auch dann, wenn die Verurtheilung zur „Zahlung aus dem Nachlasse" erfolgte (RG. VIII S. 273).

„Rücksichtlich der Art der Zwangsvollstreckung gegen einen Erben, welcher auf die Rechtswohlthat des Inventars (§ 695) sich beruft, könnte die Ansicht Platz greifen, daß ohne Weiteres nur die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände angegriffen werden können (Bayer. PO. Art. 833, Preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 2). Allein wenn auch die Schwierigkeit für den Gläubiger, diese Gegenstände aufzufinden, durch den Zwang zur allenfalls eidlichen Manifestation seitens der Erben überwunden werden kann, so nöthigt doch das Recht des Benefizialerben, alle Gegenstände des Nachlasses gültig zu veräußern, zu der entgegengesetzten Maßregel, die Vollstreckung unbeschränkt zuzulassen (§ 696). Der Erbe würde sonst durch bloße Veräußerung der Nachlaßgegenstände die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurtheilung unmöglich machen, während er nicht blos mit dem Nachlasse, sondern bis auf Höhe desselben verhaftet ist, und noch nicht feststeht, ob und in welchem

§ 697. Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie nothwendig waren (§. 87), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind dem Schuldner zu erstatten, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird.

N. Entw. § 927. Entw. I. § 613. Entw. II. § 634. Entw. III. § 646. Mot. S. 417. Prot. S. 367.

Umfange er von der Rechtswohlthat im einzelnen Falle Gebrauch machen kann. Das Recht, zu widersprechen und die Einwendungen in demselben Wege wie andere den Anspruch selbst betreffende Einwendungen zur Entscheidung zu bringen, schützt den Erben zur Genüge (vgl. N. E. § 935, Nordd. Prot. S. 2010)." (Mot.)

Hiernach bekennen sich die Mot. zu einer dem preuß. Recht nicht entsprechenden Theorie (vgl. Anm. zu §§ 695, 696). Sobald jedoch die Rechtswohlthat geltend gemacht wird, was nach § 686 durch Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geschieht, kommt die richtige Auffassung des bürgerlichen Rechts zur Geltung. Nach preuß. Recht verlangt die Praxis zur Begründung des Einwandes vollständige Rechnungslegung. (So RG. VIII S. 273, Kammerger. Berlin in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 278, Boas a. a. O. S. 268 ff., 296; s. dagegen mit guten Gründen Förster (Eccius) I § 108 Anm. 10, 14, S. 764, 765; IV § 270 S. 619 ff.; anders auch RG. V S. 186, VIII S. 268 u. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 1137. Vgl. Wilm. Levy Anm. 2.) Nach beendeter Zwangsvollstreckung bleibt nur unter Umständen die condictio sine causa im ordentlichen Gerichtsstande (s. Dernburg a. a. O. Anm. 7, RG. VIII S. 268 ff.). — Gegen eine Zwangsvollstreckung in Gegenstände des Nachlasses schützt nur das erbschaftliche Liquidationsverfahren (vgl. § 694 Anm. 1, 2, Förster (Eccius) IV S. 617 ff.). Anders, wenn ein Gläubiger des Erben die Zwangsvollstreckung erwirkt hat; in diesem Fall hilft auch das Aufgebot nichts [Förster (Eccius) IV S. 621 ff.].

4) Abs. 3: Die Erledigung erfolgt danach im Wege der Klage des Schuldners.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 25 Nr. 1 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2.

6) Vgl. für Preußen die Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 §§ 9, 10 u. v. 13. Juli 1883 § 71 und §§ 1, 2, 11 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben usw. (s. § 694 Anm. 1); Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 295, 296, 276 ff.

§ 697.

1) Abs. 1: Materiell beruht der Anspruch des Gläubigers auf die Erstattung der Kosten der Zwangsvollstreckung auf demselben Gedanken, wie der Anspruch auf die Erstattung der Kosten des Prozesses gegenüber dem unterliegenden Schuldner (vgl. § 87 Anm. 1, RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 272). Auch formell stützt sich derselbe nur auf das in der Hauptsache ergangene vollstreckbare Urtheil; eine gerichtliche Festsetzung der Kosten (§ 99) wird hier nicht gefordert und kann, wie die Mot. mit Recht bemerken, der Natur der Sache nach nicht gefordert werden, wenn die vollständige Befriedigung des Gläubigers rücksichtlich der Kosten überhaupt erfolgen soll (vgl. auch Hann. PO. § 544, Bayer. PO. Art. 878, Gaupp III S. 229, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 697 Anm., Fenner u. Mecke, Arch. I S. 226, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 57. A. M.: Siebenhaar S. 650, Endemann III S. 187). Es gehören dahin außer den Gebühren und baaren Auslagen des Gerichtsvollziehers selbst und den Kosten für Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung auch andere nothwendige (vgl. § 87) außergerichtliche, dem Gläubiger erwachsene Kosten, wie z. B. die Anwaltsgebühren (vgl. GO. f. RA. § 23 Nr. 2, Francke in Busch, Zeitschr. VII S. 74), [aber nicht die Anwaltsgebühren für Erhebung der Hauptschuld (Petersen § 697 Nr. 1, OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 358, Stegemann das. S. 300 ff. A. M. OLG. Celle das. S. 359 ff.)], ferner die Kosten der durch § 757 Abs. 2 vorgesehenen landesgesetzlichen Eintragung in das Hypothekenbuch (Francke a. a. O. S. 74 ff. A. M. Johow u. Küntzel, Jahrb. I S. 122 ff., II S. 122 ff.) oder der Vorbereitung von Handlungen, zu welchen der Gläubiger nach §§ 808

815 ermächtigt worden war (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1168). Diese Kosten sind vom Gläubiger bzw. Gerichtsvollzieher zu berechnen (vgl. § 639), und die Berechnung ist dem Schuldner vom Gerichtsvollzieher mitzutheilen (Sarwey II S. 158, Gaupp a. a. O., Petersen § 697 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 2 u. A.). Offenbar unbegründete Kostenforderungen des Gläubigers hat der Gerichtsvollzieher nicht zu berücksichtigen. Gegen die Zurückweisung steht Ersterem die Beschwerde nach § 685 Abs. 2 zu. Der Schuldner kann seine Einwendungen — auf Grund des § 685, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, oder, wenn zugleich Einwendungen gegen den Anspruch selbst erhoben werden, in Verbindung mit denselben auf Grund des § 686 — anbringen.

— „der Zwangsvollstreckung" — d. h. der Zwangsvollstreckung selbst, nicht auch einer Zwischenstreitigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren; über diese hat das Gericht im Urtheil zu entscheiden (vgl. §§ 685—690, 773, 774, 781, obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 338).

— „nothwendig" — Hierher gehören nicht Kosten einer Zwangsvollstreckung, welche von dem seitens des Gläubigers beauftragten Gerichtsvollzieher überhaupt nicht oder doch nur unter Wahrung bestimmter, gesetzlich vorgeschriebener Voraussetzungen vollzogen werden durfte (RG. im RAnz. 1880 b. Beil. 5 S. 1, Fenner u. Mecke a. a. O.; s. andrerseits Kammerger. Berlin in Seuffert, Arch. 37 Nr. 359). Wohl aber können unter Umständen dahin gerechnet werden Auslagen für Versuche zur Vermeidung der Vollstreckung (z. B. Schreibgebühren, Porto u. dgl.), ebenso die Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung. [So auch Steub in Jur. Wochenschr. 1886 S. 209 ff. A. M. die dort mitgetheilten landg. Urth.]

Ueber die Gebühren des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung vgl. GO. f. GV. §§ 4—12 (die §§ 4, 11 in der neueren Fassung), über die Auslagen das. § 13, die Reisekosten § 17 (in der neueren Fassung). Vgl. auch GKG. § 92.

Sind die Kosten nicht mit eingezogen, so bleibt noch das Festsetzungsverfahren, freilich auf Kosten des Antragstellers (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1168, OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 110 und in Seuffert, Arch. 39 Nr. 273, Johow u. Küntzel a. a. O. A. M. Francke a. a. O. S. 77 ff.).

2) Abs. 2: Hier war der Gläubiger zwar formell, aber nicht materiell zur Zwangsvollstreckung berechtigt. Es gehören dahin vor allem Fälle, in denen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil in höherer Instanz wieder aufgehoben wird, aber auch solche, in denen die Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils in Folge der Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgte, dagegen nicht, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, Fälle, in denen nur die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils aufgehoben wird (§ 656), weil trotzdem das Urtheil in der Hauptsache demnächst aufrecht erhalten werden kann, und weil die Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit mit Rücksicht darauf, daß gewisse Urtheile kraft Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind (§ 648), keineswegs ein Verschulden des Gläubigers beweist. Es kommt also hier darauf an, aus welchem Grunde die Vollstreckbarkeitserklärung beseitigt wird (vgl. Kleiner III S. 93). In Fällen theilweiser Aufhebung des Urtheils wird unter Umständen eine Theilung unter entsprechender Anwendung des §§ 88 stattfinden können (vgl. Petersen § 697 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Sarwey II S. 159).

Der Abs. 2 gilt auch von den Kosten des Arrestverfahrens (vgl. § 808; RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 12 S. 1).

Der Anspruch auf Erstattung der Kosten ist in der gleichen Weise geltend zu machen wie der Anspruch auf Erstattung des in der Hauptsache auf Grund des Urtheils Geleisteten (vgl. § 655 Abs. 2, Gaupp III S. 230, Wilm. Levy Anm. 3).

Daß durch die Erstattungspflicht nur der Gläubiger betroffen wird, nicht aber der Empfänger der entstandenen Kosten (z. B. der Gerichtsvollzieher), erklären die Mot. mit Recht für selbstverständlich.

3) Die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung richtet sich nach bürgerlichem Recht (RG. VII S. 379), z. B. Code civ. art. 1882, 1883 (RG. XIII S. 301).

§ 698. Wird zum Zwecke der Vollstreckung das Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat das Gericht die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

N. Entw. § 929. Entw. I. § 614. Entw. II. § 635. Entw. III. § 647. Mot. S. 417. Prot. S. 367.

§ 699. Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen, so hat auf Antrag des Gläubigers das Vollstreckungsgericht die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Die gepfändeten Gegenstände sind einem von dem Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zu übergeben.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 648. Mot. S. 417, 418. Prot. S. 367, 383, 384, 682, 683.

---

§§ 698—700.

Die §§ 698—700 enthalten Fälle, in denen eine gerichtliche Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung für erforderlich erachtet ist.

„Die Verweisung der Zwangsvollstreckung an selbständige Vollstreckungsorgane soll nicht durchgeführt werden, wo die Rechte der Parteien durch Festhaltung der Form ernstlich gefährdet werden würden, und nur die unmittelbare Anwendung der Autorität des Gerichts helfen kann." (Mot.)

§ 698.

1) — „das Einschreiten einer Behörde" — z. B. im Falle der §§ 658 Anm. 3, 678 Anm. 3 a. E., 699, 700, 731 Anm. 1, 757 Anm. 5, 793, EG. z. CPO. § 15 Nr. 4. — Die polizeilichen Vollzugsorgane kann der Gerichtsvollzieher selbst um Unterstützung ersuchen (§ 678 Abs. 3).

2) Die Worte „ungesäumte" vor „Einschreiten" und „auf Antrag des Gläubigers" hinter „das Gericht" hat die RTK. gestrichen, um klarzustellen, daß die Behörde stets durch das Gericht ersucht werden muß, bzw. daß nicht bloß der Gläubiger, sondern auch der Gerichtsvollzieher sich an das Gericht wenden kann.

— „das Gericht" — nicht immer das Vollstreckungsgericht (§§ 678 Abs. 3, 684 Abs. 1, 699), sondern zuweilen das Prozeßgericht (vgl. § 700). [Vgl. Endemann III S. 188, Hellmann III S. 63, Wilm. Levy Anm. 2, Sarwey II S. 159 u. A.]

3) Die Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts in den Fällen der §§ 698, 699 Abs. 1 erfolgt gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13).

§ 699.

1) Der an die Preuß. Kab.-O. v. 4. Jan. 1883 (GS. S. 3) sich anschließende § 699 ist im Interesse der militärischen Disziplin aufgenommen. Vgl. § 673. Ein Antrag, statt der Worte „um die Zwangsvollstreckung" zu setzen: „um Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung", wurde von der RTK. abgelehnt. Dagegen wurde von letzterer auf Antrag des Abg. Reichensperger der Abs. 2 hinzugefügt, um klarzustellen, daß nach erfolgter Pfändung die Fortsetzung der Vollstreckung, z. B. die Veräußerung der gepfändeten Gegenstände, durch den Gerichtsvollzieher vorgenommen werden solle.

2) Abs. 1: — „dem aktiven Heere oder der aktiven Marine" — vgl. § 158 Anm. 2. „Person des Soldatenstandes" — vgl. § 343 Anm. 2. „Kriegsfahrzeugen" — nicht bloß „Kriegsschiffen"; vgl. Mil.StrGB. v. 20. Juni 1872 § 163 (RGBl. S. 174), StrGB. § 90 Nr. 2.

— „die zuständige Militärbehörde" — Nach den in § 343 Anm. 4 angeführten Bestimmungen ist darunter zu verstehen:

a) für die Armee:

1. Hinsichtlich solcher Dienstgebäude, welche ausschließlich einem Truppentheile oder einer,

§ 700. Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urtheile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

N. Entw. § 930. Entw. I. § 615. Entw. II. § 636. Entw. III. § 649. Mot. S. 417. Prot. S. 367.

§ 701. Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 815 Nr. 13, 820. Entw. I. § 623. Entw. II. § 637. Entw. III. § 650. Mot. S. 418. Prot. S. 367.

---

einem militärischen Chef unterstellten Anstalt zur Benutzung überwiesen sind, der betreffende Kommandeur bzw. militärische Chef;

2. hinsichtlich der übrigen Dienstgebäude der Gouverneur, Kommandant oder Garnisonälteste des Garnisonorts.

b) für die Kaiserliche Marine:

1. Hinsichtlich solcher Dienstgebäude, welche ausschließlich einem Marinetheile oder einer, einem militärischen Chef unterstellten Anstalt zur Benutzung überwiesen sind, der betreffende Kommandeur bzw. militärische Chef;
2. hinsichtlich der übrigen Dienstgebäude der Marine-Stations-Chef, Kommandant oder Garnisonälteste;
3. hinsichtlich der in Dienst gestellten Schiffe und Fahrzeuge der Kommandant, hinsichtlich der nicht in Dienst gestellten der Ober-Werftdirektor.

Die Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13). Wegen der Gebühr des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 5.

3) Das Pfändungspfandrecht (§ 709) wird im Falle des § 699 durch Pfändung von Seiten derjenigen Person erworben, welche von der zuständigen Militärbehörde mit der Pfändung beauftragt worden ist (vgl. die Erklärung des Regierungsvertreters v. Amsberg in der RTK.; so auch: Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 86 Abs. 1, Wilm. Levy Anm. 5, Sarwey II S. 160, Petersen §§ 698—700 Nr. 2 u. A. A. M. Siebenhaar S. 651, nach welchem das Pfandrecht erst mit der Aushändigung an den Gerichtsvollzieher beginnen soll).

§ 700.

1) Abs. 1: — „dessen Behörden — vollstrecken“ — vgl. § 661 Anm. 10—12. § 700 enthält nicht den allgemeinen Grundsatz, daß, wenn die die Vollstreckung bewirkende Handlung im Auslande zu geschehen habe, auch die Anordnung nur von der ausländischen Behörde ausgehen könne, sondern sagt nur, daß, wenn es zur Bewirkung der Vollstreckung im Auslande an einem diesseitigen Vollstreckungsgerichte, d. h. einem zur Anordnung von Vollstreckungshandlungen zuständigen Gerichte fehle, das diesseitige Prozeßgericht die ausländische Behörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen habe (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 158). Der § 700 ist auch nicht anwendbar, wenn nach den Gesetzen des ausländischen Staats die Vollstreckung unmittelbar durch einen Vollstreckungsbeamten zu erwirken ist; an diesen hat sich der Gläubiger unmittelbar zu wenden (Petersen §§ 698—700 Nr. 1, Gaupp III S. 232 u. A.).

„Prozeßgericht“ — nicht der Vorsitzende, wie im Falle des § 328 Abs. 1.

— „zuständige Behörde“ — vgl. § 328 Anm. 1.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 Abs. 2 (beide in d. neueren Fassung).

2) Abs. 2: Vgl. § 328 Abs. 2. Wegen der Konsulargerichtsbarkeit s. Ges. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197).

§ 701.

1) Die hier erwähnten Entscheidungen s. z. B. in den §§ 666, 668, 669, 684, 685,

§ 702. Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1. aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind;
2. aus Vergleichen, welche im Falle des §. 471 vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind;
3. aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;
4. aus Vollstreckungsbefehlen;
5. aus Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

N. Entw. §§ 931, 933. Entw. I. § 616. Entw. II. § 638. Entw. III. § 651. Mot. S. 387, 418, 419. Prot. S. 367, 368.

688, 690 Abs. 3, 743, 773—776. Vgl. RG. III S. 374 a. E. Nur gerichtliche Entscheidungen gehören hierher (aber auch solche welche eine im Zwangsvollstreckungsverfahren erhobene Beschwerde als unzulässig verwerfen — RG. XV S. 431), die Entscheidungen des Gerichtsschreibers nur, wenn sie auf Anordnung des Vorsitzenden erlassen sind (vgl. §§ 646 Anm. 6, 662 Anm. 4, 666 Anm. 3, 668 Anm. 3, OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 497). Handlungen des Gerichtsvollziehers sind im Wege des § 685 beim Vollstreckungsgerichte anzufechten, gegen dessen Entscheidung dann sofortige Beschwerde stattfindet.

Ausnahmsweise unanfechtbar sind die Entscheidungen in §§ 647, 656, 657, 689.

2) — „können" — Es kommt mithin nicht darauf an, ob sie im einzelnen Falle ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgt sind.

3) — „sofortige Beschwerde" — vgl. § 540. Wegen Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung s. § 535 Abs. 2, 3.

> „Die Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren dürfen ihrer Natur entsprechend nicht nach längerer Zeit noch in Frage gestellt werden, sie müssen mit Ablauf einer kurzen Frist unwiderruflich sein. Uebrigens ist dadurch die Erneuerung eines zurückgewiesenen Antrags des Gläubigers nicht ausgeschlossen" (Mot.).

Die hier gedachten Entscheidungen müssen nach Analogie des § 294 Abs. 3, welcher allerdings auf das Zwangsvollstreckungsverfahren keine unmittelbare Anwendung findet (vgl. auch § 631 Anm. 1), regelmäßig den Parteien von Amtswegen zugestellt werden (vgl. § 294 Anm. 5. A. M. H. Meyer: Die Zustellung der Beschlüsse usw. S. 6 ff., 52 ff., welcher die Zustellung nur an diejenige Partei für nothwendig hält, welcher die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung zusteht).

Vgl. auch KO. § 66, Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 § 9 (Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 295).

4) Beschwerde (nicht Berufung) findet auch statt, wenn das angegriffene Gericht für seine Entscheidung die Urtheilsform gewählt hat (RG. im RAnz. 1880 Beil. 15 S. 5).

§§ 702—706.

Die §§ 702—706 handeln von den anderen Schuldtiteln (außer den Endurtheilen — § 644), aus welchen die Zwangsvollstreckung stattfindet.

§ 702.

1) Nr. 1: Die Vorschrift ist zwar nicht auf die vor dem Prozeßgericht oder einem beauftragten oder ersuchten Richter (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 265) abgeschlossenen Ver-

gleiche (§ 268 Anm. 3) beschränkt, bezieht sich aber nicht auf die vor anderen Behörden als deutschen Gerichten abgeschlossenen Vergleiche (vgl. Wach I S. 248). Wegen der schiedsmännischen Vergleiche s. § 706.

Unter den Begriff der Gerichte fallen hier nicht blos die ordentlichen Gerichte (GVG. §§ 12, 13, EG. z. CPO. § 3), sondern, wie in der RTK. von einem Vertreter der Regierungen erklärt wurde, jedes deutsche Gericht, mithin auch die reichsgesetzlich bestellten oder zugelassenen besonderen Gerichte (GVG. § 14), z. B. Auseinandersetzungsbehörden [vgl. für Preußen Verordn. v. 20. Juni 1817 § 169 (GS. S. 161): „Rezesse" (Dernburg I § 214, S. 509); Gesetz, betr. das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, v. 18. Febr. 1880 § 84 (GS. S. 59)]. (Uebereinstimmend Hellmann III S. 65, 66 u. Lehrb. S. 814, Endemann III S. 192, Kleiner III S. 98, 99, Förster (Eccius) I Anh. z. §§ 55, 56 Anm. 1, Dernburg I S. 172 Anm. 9. A. M.: Sarwey II S. 162, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 702 II 1, Gaupp III S. 235, jetzt auch Seuffert Anm. 1 mit Rücksicht auf § 3 des EG. z. CPO., welcher aber jener Ausdehnung der Vollstreckbarkeit ebensowenig entgegenstehen dürfte, als der in Nr. 5 festgesetzten Vollstreckbarkeit deutscher notarieller Urkunden.) Die Verwaltungsgerichte fallen jedoch nicht darunter (A. M.: Endemann a. a. O., Hellmann, Lehrb. a. a. O.) und ebensowenig die Schiedsgerichte. Vergleiche, welche von Konsulargerichten aufgenommen sind, fallen nach § 14 d. Ges. über d. Konsulargerichtsbarkeit v. 14. Juli 1879 (RGBl. S. 197) unter § 702.

— „nach Erhebung der Klage" — Nur Vergleiche über bereits rechtshängige Sachen (vgl. § 235) werden durch die Nr. 1 getroffen. Der Rechtsstreit schwebt, bis das zuständige Gericht entschieden hat, daß er durch den Vergleich erledigt sei (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 265). Im Mahnverfahren steht die Zustellung des Zahlungsbefehls der Klagerhebung gleich (s. §§ 633, 635—637). [So auch Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Gaupp III S. 236, Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 1. A. M.: Puchelt II S. 537, Krech u. Fischer: D. preuß. Ges., betr. d. Zwangsvollstr. in d. unb. Verm., v. 13. Juli 1883 S. 129.]

— „zur Beilegung eines Rechtsstreits" — Der Vergleich muß in deutlich erkennbarer Beziehung auf den konkreten Rechtsstreit in der Absicht geschlossen sein, diesen ganz oder theilweise zu erledigen. Unerheblich ist es dagegen, ob in demselben zugleich andere Gegenstände geregelt werden. Die reine Anerkennung eines Anspruchs (§ 278) ist niemals ein Vergleich und gewährt nur auf Grund eines Anerkennungsurtheils einen vollstreckbaren Titel (vgl. § 648 Nr. 1). Dagegen kann die Anerkennung des Anspruchs in der Hauptsache durch gleichzeitiges Nachgeben in Nebenforderungen oder betreffs der Prozeßkosten oder durch Gewährung von Zahlungsfristen den Charakter eines Vergleichs annehmen und mithin unter die Nr. 1 des § 702 fallen. (Vgl. Windscheid, Pand. II § 413, OLG. Dresden in Seuffert, Arch. 36 Nr. 38.) Vergleiche, welche nicht einen Theil des Streitgegenstandes, sondern nur einen Streitpunkt erledigen, gehören nicht hierher.

Zweck der Bestimmung ist die Beförderung von Vergleichen. Im Gegensatz zur Nr. 5 ist hier wie in der Nr. 2 der Gegenstand des Anspruchs, über welchen der Vergleich errichtet ist, gleichgültig.

2) Nr. 2: Dieselbe ist in Konsequenz der Aufnahme des § 471 von der RTK. auf Antrag des Abg. v. Puttkamer eingeschaltet worden.

3) Nr. 3: vgl. §§ 530, 540. Es kommt darauf an, ob die Entscheidung einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Soweit die hier in Frage kommenden Entscheidungen die Endurtheile vertreten, eignen sie sich gleich diesen zur Zwangsvollstreckung, z. B. Kostenfestsetzungen (§ 99), Entscheidungen gegen ungehorsame Zeugen und Sachverständige (§§ 345, 352, 355, 367, 374, 579 Abs. 3). [Hellmann III S. 66 will diese gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes nicht hierher rechnen, weil es sich bei ihnen um den Vollzug von Ordnungsstrafen handle, während das civilprozessualische Verfahren die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche ausschließlich bezwecke. Letzteres ist jedoch nicht der Fall; vielmehr dient jenes Verfahren mehrfach auch

zur Durchsetzung von Strafen, die in Veranlassung eines Privatrechtsstreits erkannt sind (vgl. §§ 774, 775; s. auch StrPO. § 495.) So auch Sarwey II S. 166, Petersen § 702 III, Endemann III S. 192 u. A.], Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, usw. Eine Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in der Entscheidung ist nicht erforderlich; die §§ 648 ff. sind in § 703 nicht angezogen. Ueber die aufschiebende Wirkung der Beschwerde in den einzelnen Fällen entscheidet § 535. Selbstverständlich fallen unter Nr. 3 auch Entscheidungen, welche nach Zurückweisung der dagegen eingelegten Beschwerde der weiteren Beschwerde nicht unterliegen, oder gegen welche, weil sie vom Reichsgericht erlassen sind, Beschwerde nicht stattfindet. Die Zulässigkeit der Beschwerde versteht sich nur in abstracto. Insofern ist die Fassung nicht genau (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 4 a. E., Seuffert Anm. 2).

„Der gerichtlichen Entscheidungen in den Fällen der §§ 496, 523 war als Titel zur Zwangsvollstreckung nicht besonders zu gedenken, da es sich dabei im Grunde nicht um Vollstreckung des höheren Urtheils, sondern des erstinstanzlichen handelt, und dieses, durch jenes für vorläufig vollstreckbar erklärt, schon nach § 644 exekutionsfähig wird". (Mot.)

4) Nr. 4: „Vollstreckungsbefehlen" — vgl. §§ 639, 704.

5) Nr. 5: Dieselbe handelt von den sog. exekutorischen Urkunden, welche, dem gem. und dem preuß. Rechte fremd, im franz. Rechte (vgl. Code de proc. art. 545 ff.) nach dem Vorgange mittelalterlicher italienischer Statuten ihre Ausbildung erlangt und in vielen älteren und neueren Gesetzgebungen (z. B. Hann. PO. § 528 Nr. 2, Bayer. PO. Art. 822, Württ. PO. Art. 903 ꝛc.; vgl. Renaud S. 702 ff., Dernburg I S. 223, Anm. 24) Aufnahme gefunden haben. Die sofortige Vollstreckbarkeit dieser Urkunden „ist im verstärkten Maße dasjenige, was der Urkundenprozeß gewährt, und dient zur Befriedigung des Bedürfnisses einer prompten Erfüllung von Verpflichtungen, deren Existenz fast niemals in Frage gestellt wird" (Mot.). Durch die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wird der Gläubiger übrigens nicht gehindert, den Anspruch im Wege der Klage zu verfolgen.

— „einem deutschen Gerichte" — vgl. Anm. 1. Auch hier sind die besonderen Gerichte mitbegriffen. (So auch Kleiner III S. 100. A. M. Wilm. Levy Anm. 7.)

— „einem deutschen Notar" — Wer Notar ist, bestimmen die Landesgesetze, insbesondere die Notariatsordnungen der einzelnen deutschen Staaten. Vgl. § 380 Anm. 4.

— „innerhalb — Form" — vgl. § 380 Anm. 2—4. Die Form der betreffenden Urkunden richtet sich nach den Landesgesetzen. Es macht keinen Unterschied, ob der materielle Inhalt der Urkunde sich in einer als Theil des Hauptakts behandelten Anlage oder in jenem selbst findet, bzw. ob die Urkunde unmittelbar vom Richter oder Notar aufgenommen ist, oder die Partei sich nur zu dem Inhalte eines überreichten Schriftstücks bekannt hat (s. § 380 Anm. 4), wenn dasselbe nur in der Verwahrung des Notars bleibt (A. M. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 110), während blos unterschriftlich rekognoszirte Urkunden selbstverständlich ausgeschlossen sind (Nordd. Prot. S. 2263, 2264; ebenso Sarwey II S. 164, 165, Petersen § 702 IV, Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 6 u. A.). Vgl. §§ 402, 403, 405.

„Anspruch — Gegenstande hat" — Gegenstand einer vollstreckbaren Verpflichtung können darnach nur solche Ansprüche sein, welche zum Gegenstande des Urkundenprozesses gemacht werden können. Vgl. § 555 Anm. 1 u. 2. Insbesondere findet auch hier eine Beschränkung auf Ansprüche aus einseitigen Rechtsgeschäften bzw. auf einseitig gewordene Ansprüche aus zweiseitigen Geschäften nicht statt. Ebenso wie ein Urtheil die Vollstreckung vom künftigen Eintritt eines Termins oder einer anderen Thatsache abhängig machen kann, ist dies auch in der beurkundeten Erklärung zulässig. (So auch Petersen § 702 IVb, Hellmann III S. 67, Endemann III S. 194, Förster (Eccius) I S. 335, jetzt auch Seuffert a. a. O. u. A. A. M. Dernburg I S. 223 Anm. 25, welcher ohne Grund einen inneren Widerspruch behauptet. Vgl. noch §§ 703 Anm. 2, 705 Abs 5.

§ 703. Auf die Zwangsvollstreckung aus den in dem vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln finden die Bestimmungen der §§. 662—701 entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§. 704, 705 abweichende Vorschriften enthalten sind.

N. Entw. § 934. Entw. I. § 617. Entw. II. § 639. Entw. III. § 652. Mot. S. 417. Prot. S. 368, 504.

— „der Schuldner sich — unterworfen hat" — Während nach franz. Rechte auf jede in exekutorischer Ausfertigung vorliegende öffentliche Urkunde mit der Exekution sofort verfahren werden kann, macht die CPO. in Uebereinstimmung mit den meisten deutschen Gesetzgebungswerken die sofortige Zwangsvollstreckung davon abhängig, daß dieselbe unter den Kontrahenten ausdrücklich ausbedungen worden ist, und verhütet dadurch, daß auch in solchen Fällen mit der Zwangsvollstreckung begonnen wird, in welchen dem Schuldner oft begründete Einreden zur Seite stehen. Eine Einschränkung auf bestimmte Gegenstände oder Vermögensgattungen ist nicht zugelassen. (Vgl. auch Hinrichs: Studien aus d. Gebiete des preuß. Hyp. Rechts. Berlin und Leipzig 1883. S. 35. A. M.: Schollmeyer in Gruchot, Beitr. XXIX S. 436, Wilm. Levy Anm. 6 a. E.) Wegen der Wirksamkeit der früher errichteten, die Unterwerfungsklausel nicht enthaltenden exekutorischen Urkunden vgl. EG. z. CPO. § 22.

Nach § 6 Abs. 3 des preuß. Ges. v. 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (GS. S. 131) wird aus vollstreckbaren Urkunden nur eine Vormerkung eingetragen.

6) Vollstreckungstitel sind auch die Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen (vgl. §§ 802, 804, 808, 809 Anm. 1, 815), die Feststellungen und Zwangsvergleiche in Konkursen (KO. §§ 152, 179, 192), die Entscheidungen der Strafgerichte über Verfall einer Sicherheit, über Vermögensstrafen oder Bußen (StrPO. § 122 u. 495), Urtheile der Ehrengerichte der Anwaltskammern auf Geldstrafe und Kosten (RAO. § 97 Abs. 2—4), Vertheilungspläne der eingetragenen Genossenschaften nach beendigtem Konkurse (Ges. v. 4. Juli 1868 §§ 52 ff., 61). Wegen der landesgesetzlichen Vollstreckungstitel s. § 706, wegen der Schiedssprüche § 868.

Die Bestimmungen des Handelsrechts, wonach unter Umständen ohne Klage und Urtheil ein gerichtliches Zwangsvollstreckungsverfahren stattfindet (HGB. Art. 309, 310, 375, 382, 387 usw.), bleiben unberührt (EG. z. CPO. § 13).

§ 703.

1) — „entsprechende Anwendung" — Auch abgesehen von den in §§ 704, 705 hervorgehobenen, auf Vollstreckungsbefehle (§ 702 Nr. 4) bzw. vollstreckbare Urkunden (§ 702 Nr. 5) (wegen der Vergleiche s. § 705 Anm. 1) sich beziehenden Abweichungen, passen die Bestimmungen der §§ 662—701 nicht vollständig auf Schuldtitel, welche nicht Endurtheile sind. So ist z. B., wie die Mot. hervorheben (vgl. auch Förster (Eccius) I S. 336), bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichts bestehen (§ 702 Nr. 1, 2, 5), für die Anwendung der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen einen Singularsuccessor (§ 665) und über den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars (§ 695) kein Raum. (So auch Petersen §§ 703—705 Nr. 1, Gaupp III S. 240, 241, Fitting § 80 Anm. 21 u. A. A. M. wegen des Wortlauts des § 703 und der geschichtlichen Entwickelung der sog. guarentigiirten Urkunden Wilm.-Levy Anm. 1, § 705 Anm. 3, Seuffert Anm. 1, Kurlbaum: D. preuß. Subhastationsordnung S. 21 ff., Krech u. Fischer a. a. O. S. 139 ff., 575 Anm. 5, Förster (Eccius) III S. 498 Anm. 58 u. A.) [Bezüglich der Rezesse der Auseinandersetzungsbehörden in Preußen vgl. Kab.-Ordre vom 18. Dezbr. 1841 (GS. v. 1842 S. 17)]. Wegen Bayern vgl. AG. z. PO. Art. 128. Bei Vergleichen (§ 702 Nr. 1, 2) ist die Klage aus § 686 nur bei solchen Einwendungen zulässig, welche erst nach dem Abschlusse entstanden sind. (So auch Seuffert a. a. O., Wilm.-Levy § 686 Anm. 6, Herzog in Jur. Wochenschr. 1886 S. 180 ff. A. M. Gaupp III S. 241.) Auch bei den Entscheidungen des § 702 Nr. 3 führt die entsprechende Anwendung des

§ 704. Vollstreckungsbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder die bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Amtsgericht zuständig, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so sind die Klagen bei dem zuständigen Landgerichte zu erheben.

N. Entw. — Entw. I. § 618. Entw. II. § 640. Entw. III. § 653. Mot. S. 419, 420. Prot. S. 368.

§ 705. Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts ertheilt, welches die Urkunde aufgenommen hat.

---

§ 686 zu einer Beschränkung der Einwendungen (vgl. Sarwey II S. 166, Gaupp a. a. O., Petersen a. a. O.). Vgl. auch § 99 Anm. 4.

2) Die Anführung der §§ 662 ff. ergiebt, daß die Zwangsvollstreckung aus diesen Schuldtiteln — mit Ausnahme der Vollstreckungsbefehle (s. § 704 Abs. 1), Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen (§§ 809 Abs. 1, 815) — nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung erfolgen kann. Die Anwendung des § 664 führt dahin, daß aus exekutorischen Urkunden (§ 702 Nr. 5) die Vollstreckung auch statt findet, wenn, wie namentlich bei kündbaren Forderungen, die beurkundete Verpflichtung von dem Eintritt einer Thatsache abhängt und dieser Eintritt durch öffentliche Urkunden bewiesen wird (vgl. Hann. PO. § 528, Bayer. PO. Art. 821, N. E. § 938).

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 47 Nr. 15, 38 Nr. 2 (beide in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 704.

1) Abs. 1: Die Bestimmung ergiebt sich daraus, daß Vollstreckungsbefehle (§ 639) selbst ihrem Inhalte nach die Klausel enthalten, daß aber beim Eintritt einer Rechtsnachfolge nach § 665 eine neue Klausel überhaupt erforderlich ist.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 2 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

2) Abs. 2: Der Inhalt desselben steht mit den Bestimmungen des § 686 Abs. 2 im Wesentlichen in Einklang. Die vor Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstandenen Einwendungen kann der Schuldner sich mittels des Einspruchs (§ 640) erhalten. Die nach der Zustellung entstandenen Einwendungen sind — abweichend von § 686 Abs. 2 — auch dann noch im Vollstreckungsverfahren zulässig, wenn er sie mittels Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl geltend machen kann.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, GO. f. RA. § 20.

3) Abs. 3: „Klagen" — vgl. §§ 667, 686 Anm. 1. Die dreierlei hier erwähnten Klagen sind die Klagen aus den §§ 667, 686, 687. Die Zuständigkeit ist nach Analogie des § 640 geregelt. Das „zuständige Landgericht" ist das dem Amtsgerichte, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat, vorgesetzte Landgericht. S. § 707 Anm. Vgl. auch KO. §§ 152 Abs. 3, 179.

§ 705.

1) Abs. 1: Der § 662 reicht, wie die Mot. bemerken, für die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Urkunden, rücksichtlich deren es an einem Prozeßgerichte noch fehlt, nicht aus. Nach dem Wortlaut des Abs. 1 bezieht sich letzterer jedoch nicht blos auf diese Art Fälle

Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar ertheilt, welcher die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen.

Die Entscheidung über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absatze bezeichneten Gerichte, bei notariellen Urkunden von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der im zweiten Absatze bezeichnete Notar oder die daselbst bezeichnete Behörde den Amtssitz hat.

Auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, findet die beschränkende Vorschrift des §. 686 Abs. 2 keine Anwendung.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Urkunde abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

N. Entw. §§ 936, 942, 944. Entw. I. §§ 619, 622 Abs. 1. Entw. II. § 641. Entw. III. § 654. Mot. S. 420. Prot. S. 368.

(§ 702 Nr. 2 und 5), sondern auch auf solche, in denen zwar ein Prozeßgericht vorhanden, der Vergleich aber von einem anderen Gerichte (z. B. einem ersuchten Richter) abgeschlossen ist (§ 702 Nr. 1). [So auch Hellmann II S. 70 u. Lehrb. S. 817, 818, Kleiner III S. 106, Eccius in Gruchot, Beitr. XXVII S. 478, XXVIII S. 273. A. M.: Sarwey II S. 168, welcher unter Berufung auf die Mot. die letzteren Fälle nicht hierher rechnet, Wilm.-Levy Anm. 2, Gaupp III S. 243, 244, Seuffert Anm. 1, v. Bülow Anm. 1, Krech und Fischer a. a. O., jetzt auch Petersen §§ 703—705 Nr. 3, 5, welche unter Berufung auf die Mot. und auf die Terminologie der Entwürfe (vgl. insbesondere N. E. §§ 931 Abs. 1, 936 Abs. 1) den ganzen § 705 nur auf die vollstreckbaren Urkunden unter Nr. 5 des § 702 beziehen, wiewohl der Abs. 4 des § 705 augenscheinlich in gleicher Weise auf die Vergleiche unter Nr. 1, 2 des § 702 paßt, da § 686 Abs. 2, wie auch Gaupp III S. 241 und Wilm. Levy a. a. O. anerkennen, auf die Anfechtung von Vergleichen wenigstens keine unmittelbare Anwendung finden kann.]

Die Entscheidung ist regelmäßig gebührenfrei; s. GKG. § 47 Nr. 15; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 24, 35.

2) Abs. 2: Bei notariellen Urkunden ist zur Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen der Einfachheit wegen nicht das Gericht (Württ. PO. Art. 902), sondern in der Regel der Notar für zuständig erklärt, auch in den Fällen der §§ 664, 665 (anders N. E. §§ 938, 939).

— „verwahrt" — Es kann ein anderer Notar sein, als derjenige, welcher die Urkunde aufgenommen hat.

> „Inwieweit die Befugniß des die Urkunde aufnehmenden und verwahrenden Notars nach dessen Abgang auf einen anderen Notar oder eine Behörde übergeht, hängt von der Verfassung des Notariats und von landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verwahrung der Notariatsurkunden ab". (Mot.)

3) Abs. 3: vgl. die §§ 668, 669, mit denen, soweit möglich, Einklang hergestellt ist.

Die „Behörde" wird in der Regel eine gerichtliche sein; es ist aber nicht unbedingt geboten (A. M. Siebenhaar S. 655). Vorausgesetzt ist diejenige Behörde, welche nach der bestehenden Organisation (vgl. z. B. Preuß. Notar.-Ordn. v. 11. Juli 1845 §§ 37—39) die Notariats-

§ 706. Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als der in den §§. 644, 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine u. s. w.) Anwendung.

N. Entw. §§ 932, 944. Entw. I. § 621. Entw. II. § 642. Entw. III. § 655. Mot. S. 420. Prot. S. 368.

---

urkunden nach dem Abgang des Notars zu verwahren hat (vgl. die Mot., Puchelt II S. 543, Gaupp III S. 244, 245 u. A.).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 2 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

4) Die im Abs. 4 enthaltene Abweichung von den Vorschriften über die Vollstreckung von Urtheilen ist dadurch geboten, daß bei einer Zwangsvollstreckung aus exekutorischen Urkunden dieselbe dem Rechtsstreite voraufgeht und in Folge dessen alle Einwendungen des Schuldners gegen den Anspruch ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung nur im Vollstreckungsverfahren überhaupt erledigt werden können (vgl. auch Hann. PO. § 575, Bayer. PO. Art. 868, N. E. § 944; ein Beispiel enthält RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 37). Auch Einwendungen, deren Entstehung vor der Aufnahme der Urkunde liegt, sind prozessualisch zulässig (vgl. die Mot.); inwiefern sie aber sachlich berücksichtigt werden können, entscheidet das bürgerliche Recht. (Vgl. auch Gaupp III S. 245, Wilm. Levy Anm. 7, Seuffert Anm. 5, Förster (Eccius) I S. 335, 336. Unbedingt verneint die Zulässigkeit Siebenhaar S. 655, soweit nicht die Erfordernisse der condictio indebiti promissi vorliegen.) Das Gleiche gilt bei den Vergleichen des § 702 Nr. 1, 2 rücksichtlich der Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit des Vergleichs (vgl. oben Anm. 1) und bei den landesgesetzlich vollstreckbaren Vergleichen (§ 706) bezüglich der Einwendungen gegen den Anspruch selbst (s. Dernburg I S. 172 Anm. 9), soweit solche nach Landesrecht zulässig sind.

Ob auf Grund von Einwendungen die Vollstreckung zu hemmen sei, ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 688, 689) ganz dem Ermessen des Gerichts überlassen. Eine Beschränkung der Hemmung auf Einwendungen, welche nach Errichtung der Urkunde entstanden sind (Württ. PO. Art. 904), ist, wie die Mot. bemerken, aus dem Grunde nicht aufgenommen, weil auch Einwendungen, welche die Rechtsbeständigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts oder der Urkunde selbst berühren, eine Hemmung rechtfertigen können.

5) Abs. 5: Auch für die hier erörterten „Klagen“ (vgl. §§ 667, 686, 687, 704 Anm. 3) hat die örtliche Zuständigkeit wegen Mangels eines Prozeßgerichts der Hauptsache besonders geregelt werden müssen. Vgl. auch § 729 Abs. 2.

§ 706.

1) Unter den § 706 fallen z. B. für Preußen Vergleiche:

1) welche vor den Vergleichskammern der Gewerbegerichte im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln aufgenommen sind (vgl. § 10 des AG. z. CPO., Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 247);

2) welche gemäß des durch das Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880 unberührt gebliebenen § 59 der Feldpolizeiordnung v. 1. Nov. 1847 (A. M. Mugdan: Die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen. Breslau 1884. S. 5 Anm. *, welcher den § 59 für weggefallen erachtet) vor der Polizeibehörde geschlossen sind (§ 12 das., Struckmann und Koch a. a. O. S. 249);

3) welche vor einem Schiedsmann geschlossen sind [§§ 32, 34 der Schiedsmannsordnung v. 29. März 1879 (GS. S. 321); s. Struckmann u. Koch a. a. O. S. 397];

ferner die bestätigte Dispache (AG. z. CPO. § 29 Abs. 4, Struckmann und Koch a. a. O.

§ 707. Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschließliche.

N. Entw. – Entw. I. § 622 Abs. 2. Entw. II. § 643. Entw. III. § 656. Mot. S. 421. Prot. S. 370.

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 708. Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

S. 265) und, wie die Mot. hervorheben, für die Provinz Hannover die „im Klaren beruhende Erbpacht-, Meier- und sonstigen auf Grund und Boden ruhenden Gefälle des Domanii und anderer Gutsherrn und Obereigenthümer" sowie die „im Klaren beruhenden Forderungen, welche aus dem Gemeinde-, Kirchen-, Schul-, Deich- oder Siehlverbande herrühren" (Hann. PO. § 528 Nr. 3 u. 4). [Für diese Forderungen ist übrigens größtentheils in Folge des § 1 Nr. 2, 3, 6 der Verordn. v. 22. Sept. 1867 (GS. S. 1553) die gerichtliche Zwangsvollstreckung durch die administrative ersetzt worden; vgl. auch § 14 des AG. z. CPO. u. K. Verordn. v. 7. Sept. 1879, betr. d. Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (GS. S. 591), sowie Struckmann u. Koch a. a. O. S. 250, 251.] Vgl. auch die Ges. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Verm. v. 4. März 1879 § 5 (GS. S. 102) u. v. 13. Juli 1883 §§ 2 ff., 6 ff., 128, 129 (GS. S. 131). Wegen des Zwangsvollstreckungsrechts der landschaftlichen Kreditinstitute in Preußen s. v. Brünneck in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 347 ff. Wegen einiger älteren Zwangsvollstreckungstitel im Gebiete des Preuß. ALR. s. Jastrow in Gruchot, Beitr. XXX S. 297 ff.

Derartige Einrichtungen können nicht allein da, wo sie bestehen, aufrechterhalten, sondern auch durch die Landesgesetzgebung neu geschaffen werden. Wegen Bayern vgl. AG. z. CPO. Art. 4—8, 127—139, 220, 221, für Sachsen Ges. v. 12. März 1879 § 17; f. Württemberg s. AG. z. CPO. Art. 9, 12–14, 30 (Gaupp III S. 246 ff.). Im Uebrigen vgl. Wilm. Levy, Ausführungsgesetze, auch Seuffert Anm.

2) Der Abs. 2 bezieht sich z. B. auf die bayerischen Vorschriften über die Beitreibung von Ewiggeldern (Bayer. PO. Art. 1080; vgl. auch Nordd. Prot. S. 2276, 2227).

3) Die Vollstreckbarkeit aus den landesrechtlichen Titeln des § 706 erstreckt sich auf das ganze deutsche Reich (Wach I S. 250 a. E.).

§ 707.

Die Ausschließlichkeit (vgl. § 12 Anm. 1, Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 370 ff.) ist nach dem Vorgange des P. E. § 1031 (vgl. auch Bayer. PO. Art. 840) angeordnet, „damit nicht dieselbe Sache nach einander zur Entscheidung verschiedener Gerichte gelange" (Mot.).

Sie bezieht sich nicht auf die Fälle, in denen sich die Zuständigkeit des Amtsgerichts oder Landgerichts nach dem Werthe des Streitgegenstandes richtet (vgl. z. B. §§ 660 Abs. 2, 690, 704 Abs. 3); in diesen Fällen ist Prorogation an das betreffende Landgericht bzw. Amtsgericht zulässig (RG. XIII S. 369, Siebenhaar S. 656, Gaupp III S. 248, 249, Petersen Anm. u. A.).

Zweiter Abschnitt.

1) Der zweite Abschnitt bezieht sich auf die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, d. h. Forderungen, welche — gleichviel aus welchem Rechtsgrunde — auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gehen, wenn auch in bestimmter Sorte (vgl. § 555 Anm. 1,

Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwerthung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt.

N. Entw. §§ 962, 964, 994. Entw. I. § 624. Entw. II. § 644. Entw. III. § 657. Mot. S. 423. Prot. S. 370.

R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 364, 377, 378.] Den Gegensatz bilden Forderungen auf Herausgabe beweglicher Sachen, z. B. einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere (§§ 769, 770). In allen zu einem Geldbetrag verurtheilenden gerichtlichen Entscheidungen ist derselbe, wenn dafür ein bestimmtes Verhältniß in Reichswährung gesetzlich besteht, in Reichswährung auszudrücken (Münzges. v. 9. Juli 1873 Art. 14 § 4). Dies gilt auch für Sortenschulden. Ist eine bestimmte Summe in Reichswährung nicht ausgedrückt, so bleibt nur der Weg nach §§ 770, 778 übrig. Vgl. auch § 716 Anm. 2.

Der Abschn. 2 behandelt in dem ersten Titel die Zwangsvollstreckung in das bewegliche und in dem zweiten Titel diejenige in das unbewegliche Vermögen. Daran schließt sich im dritten Titel das Vertheilungsverfahren, welches sich hauptsächlich nur auf den Erlös aus dem beweglichen Vermögen bezieht; vgl. jedoch § 757 Anm. 7.

Der erste Titel wiederum zerfällt in die allgemeinen Bestimmungen (§§ 708—711), die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen (§§ 712—728) und die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 729—754).

2) In Preußen wird die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Kommunalverbände und Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, nur durch die Gerichte bewirkt (vgl. AGO. I, 35 § 33, Anh. § 153, 243; CPO. § 674 Abs. 1, EG. z. CPO. § 15 Nr. 4; Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 24. März 1882 — JMBl. S. 59).

3) Bei Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren für Akte der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen werden die einzuziehenden Zinsen mitberechnet (vgl. GKG. § 13 Abs. 2, GO. f. RA. § 10). Hinsichtlich der Gerichtsvollzieher s. GO. f. GV. §§ 4 ff.

§ 708.

1) Die Form der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ist die Pfändung (pignoris capio, saisie); sie besteht in der Beschlagnahme von Vermögensstücken des Schuldners zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers (Wetzell S. 634 ff.). Ueber die verschiedenen Formen je nach den Gegenständen vgl. §§ 712, 713, 730, 732, 754.

> „Bei beweglichen körperlichen Sachen wird die Pfändung dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. Werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß Maßnahmen getroffen sind, um den Akt der Pfändung für Dritte erkennbar zu machen (§§ 712, 713). An Forderungen ist zwar kein Besitz, aber etwas der Besitzergreifung entsprechendes möglich, so daß Dritten gegenüber auch bei Forderungen ersichtlich gemacht werden kann, daß dieselben der Disposition des Schuldners entzogen sind. Dementsprechend wird bei Forderungen die Pfändung dadurch bewirkt, daß das gerichtliche Verbot, an den Schuldner zu zahlen, dem Drittschuldner zugestellt wird (§ 730); zur Sicherung der Priorität dient die Vorschrift des § 744. Aus gleicher Rücksicht ist auch bei anderen Vermögensrechten, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, der Akt der Pfändung derartig fixirt, daß er, soweit möglich, für alle Betheiligten erkennbar in die Erscheinung tritt (§ 754)." (Mot.)

Bewegliches Vermögen in Ansehung der Zwangsvollstreckung ist Alles, was nicht zum unbeweglichen Vermögen gehört; der Umfang dieses Begriffs bestimmt sich nach den Landesgesetzen (§ 757 Abs. 2). Nach § 714 gehören aber zu jenem auch noch ungetrennte Früchte. Auch die an sich zur Immobiliarmasse gehörenden, obwohl ihrer Natur nach beweglichen Pertinenzstücke eines Grundstückes sowie die noch daselbst befindlichen abgesonderten Früchte unterliegen der Mobiliarpfändung (vgl. Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 206 Abs. 1 — früher § 23 d. Ges. v. 4. März 1879). Wegen der Geltendmachung des Hypothekenrechts

§ 709. Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältniß zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.

Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

N. Entw. §§ 966, 967. Entw. I. § 625. Entw. II. § 645. Entw. III. § 658. Mot. S. 421–425. Prot. S. 370–374, 565–570, 713–716.

---

an denselben vgl. § 710 Anm. 2 a. E. Wegen des landwirthschaftlichen Inventars s. § 715 Nr. 5.

2) Der zweite Satz des Abs. 1 entspringt der Rücksicht auf möglichste Schonung des Schuldners und rechtfertigt sich dem Gläubiger gegenüber deshalb, weil die frühere Pfändung der späteren gegenüber bevorzugt wird (§ 709). Er hat nur instruktionelle Bedeutung; ein Zuwiderhandeln gewährt nur eine Beschwerde nach § 685 (OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 Nr. 328). Eine Reihenfolge je nach der Art der zu pfändenden Gegenstände ist nicht vorgeschrieben (vgl. § 674 Anm. 3). Reichen die gepfändeten Gegenstände zur Befriedigung nicht aus, so kann selbstverständlich eine Pfändung weiterer Gegenstände erfolgen (sog. Nachpfändung).

— „zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung" — vgl. § 697 Abs. 1.

3) Der Abs. 2 enthält ebenso wie Abs. 1 Satz 2 eine Anweisung für den Gerichtsvollzieher, auf dessen Entscheidung es hierbei zunächst ankommt, und gewährt gleichfalls dem Schuldner eine Rücksicht, welche für den Gläubiger ohne Nachtheil ist. Vgl. für Preußen noch Gesch.-A. f. d. GV. § 56 Abs. 1, § 63. Einen Anwendungsfall s. in Wengler, Arch. IV Nr. 11.

§ 709.

Literatur: Rudolph in Jahrb. f. Dogmatik XX S. 311 ff., 399 ff., Dernburg I § 364a, Mandry S. 335 ff., 344 ff., v. Krävel in Busch, Zeitschr. V S. 332 ff.

1) Im Anschluß an die herrschende Ansicht des gem. Rechts (vgl. Windscheid, Pand. I § 233, Dernburg, Pfandrecht I § 53, II § 119, Stölzel im civ. Arch. 45 S. 272 ff., v. Meibom das. 52 S. 297 ff.) und an das derselben folgende Sächs. Bürg. Gesetzbuch § 487 (vgl. auch Hess. Pfandgesetz v. 15. Sept. 1858 Art. 181), jedoch im Gegensatz zum franz. Recht (Code civ. art. 2093 ff., Code de proc. art. 656 ff.) und zu den meisten neueren deutschen Gesetzgebungen, nach welchen die Pfändung weder ein Pfandrecht noch ein sonstiges Vorzugsrecht begründet (vgl. Preuß. KO. Tit. 1 Abschn. 8, Bayer. PO. Art. 938, Württ. Einf.-G. z. HGB. v. 13. August 1865 Art. 53 usw.), entsteht nach der CPO. durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (pignus in causa judicati captum).

2) Als Wirkung der Pfändung tritt nicht ein bloßes Vorzugsrecht (vgl. Olshausen: Die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz ꝛc. Berlin 1874. S. 95 ff.), sondern ein Pfandrecht ein, welches dem Faustpfandrecht nachgebildet ist. (Vgl. Mandry S. 335 ff., Dernburg I § 364a, Sarwey, Konkursordn. 2. Aufl. S. 356, v. Glasenapp in Gruchot, Beitr. XXIV S. 246 ff. Abweichend Krech u. Fischer: D. preuß. Ges., betr. d. Zwangsvollstr. in d. unbewegl. Vermögen S. 122, welche den Charakter eines wahren Pfandrechts leugnen.)

3) Soweit die Wirkungen des Pfandrechts nicht in der CPO. und der KO. bestimmt sind, richten sich dieselben nach dem bürgerlichen Recht. Letzteres entscheidet daher auch, welche Rechtsbehelfe dem Gläubiger zustehen. Insbesondere unterliegt die Pfandklage (actio hypothecaria) denjenigen Beschränkungen, welche das bürgerliche (Reichs- oder Landes-) Recht in Bezug auf die Vindikabilität veräußerter oder verpfändeter Sachen gegen den redlichen Erwerber oder Pfandnehmer enthält (s. z. B. § 238 Anm. 1; vgl. auch Voß in Gruchot, Beitr. XXIII

S. 247 ff., v. Glasenapp a. a. O. S. 259 ff., Francke in Busch, Zeitschr. V S. 210, 211, Kahn im civ. Arch. 70 S. 420 ff., Gaupp III S. 258, Seuffert Anm. 2). Das Pfandrecht gewährt selbstverständlich auch das Recht, einem Dritten gegenüber, welcher auf Grund des § 690 intervenirt, wenn negative Litiskontestation nicht zutrifft, einredeweise die Zugehörigkeit des gepfändeten Gegenstandes zum Vermögen des Schuldners geltend zu machen (Gaupp III S. 256; vgl. auch Rudolph a. a. O. S. 311 ff., 399 ff.).

4) Auch bezüglich seiner Wirkung gegenüber dritten Gläubigern ist das Pfändungspfandrecht dem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrecht völlig gleichgestellt (Abs. 2). Erst die RTK. hat durch Umgestaltung des Abs. 2 (auf Antrag des Abg. Struckmann) in dieser Beziehung ein festes Prinzip deutlich ausgesprochen und in allen seinen Konsequenzen durchgeführt, wodurch zugleich eine Uebereinstimmung mit der betreffenden Bestimmung der KO. (§ 41 Nr. 9) hergestellt wurde. Im Einzelnen ergiebt sich hieraus Folgendes:

a) Der Gläubiger kann vermöge der Pfändung aus dem gepfändeten Gegenstande seine Befriedigung vor allen anderen Gläubigern des Schuldners verlangen, mit alleiniger Ausnahme derjenigen, welche an dem Gegenstande bereits ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht (vgl. KO. § 40, EG. z. KO. §§ 14—17) oder ein nach § 41 Nr. 1—8 der KO. demselben gleichstehendes Recht erworben haben, also namentlich vor allen, welche eine Generalhypothek oder ein generelles Vorzugsrecht oder eine nicht mit einem Faustpfande verbundene Spezialhypothek oder ein spezielles Vorzugsrecht an einer beweglichen Sache (abgesehen von den in § 41 a. a. O. aufgeführten) besitzen, gleichviel, ob privilegirt oder nicht privilegirt, ob durch Vertrag, letztwillige Verfügung oder Rechtssatz entstanden. Denn das Pfändungspfandrecht „geht Pfand- und Vorrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind"; nach § 41 Nr. 1—8 a. a. O. aber stehen außer den Gläubigern, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, nur die daselbst aufgeführten Gläubiger den Faustpfandgläubigern gleich. Nach den Entwürfen galt das Gleiche gegenüber den Generalhypotheken und den generellen Vorzugsrechten; dagegen sollte jedes spezielle Pfand- oder Vorzugsrecht, welches derzeit nach Reichsrecht oder Landesrecht den Faustpfandrechten vorging, auch dem Pfändungspfandrechte vorgehen. Die Bedeutung der von der RTK. durch Aufnahme des Abs. 2 in seiner jetzigen Gestalt getroffenen Aenderung besteht nun darin, daß die nach Landesrecht bestehenden speziellen Hypotheken und Vorzugsrechte an Mobilien — deren Zahl übrigens nach dem gegenwärtigen Stande der Pfandrechtsgesetzgebung nur noch gering ist — diese Wirkung nicht mehr haben sollen, vielmehr nur noch die nach Reichsrecht bestehenden, in § 41 Nr. 1—8 der KO. für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten gleichgestellten Pfand- und Vorzugsrechte. In Konsequenz hiervon ist zur Vermeidung von Härten in dem EG. z. CPO. § 23 eine die bestehenden General- und Spezialhypotheken sowie Vorzugsrechte schützende Uebergangsbestimmung aufgenommen worden. Auf das Verhältniß des Pfändungspfandrechts zum Hypothekenrecht an Immobilien bezieht sich dagegen § 709 nicht (RG. im Preuß. JMBl. 1883 S. 146).

Ob die in der KO. § 41 Nr. 1—8 bezeichneten Gläubiger auch außerhalb des Konkurses ein den gewöhnlichen Gläubigern vorgehendes Pfand- oder Vorzugsrecht haben, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Nur wo dieses der Fall — wie z. B. in Preußen nach d. AG. z. KO. v. 6. März 1879 (GS. S. 109) § 7 — kommt § 709 Abs. 2 Satz 2 zur Anwendung (Seuffert Anm. 2b, Sarwey II S. 177 und Konkursordn. S. 358 ff., Mandry S. 345, RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 81).

b) Selbstverständlich wirkt das Pfändungspfandrecht auch im Verhältnisse zu den bloßen Konkursgläubigern.

„Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor anderen Gläubigern behält der

Gläubiger auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber, er hat ein Recht auf Absonderung, nur der Ueberschuß ist an die Konkursmasse abzuliefern." (Mot.)

Dieser bereits im HGB. Art. 315 rücksichtlich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zum Ausdruck gelangte Satz war in Abs. 2 der Entwürfe besonders hervorgehoben worden, ist jedoch in das Gesetz nicht aufgenommen, weil er inzwischen durch die Bestimmung des § 40 der KO. überflüssig geworden war. Vgl. übrigens KO. § 117.

Daß dagegen das Pfändungspfandrecht einem Faustpfandrecht oder einem dem letzteren in Gemäßheit des § 41 Nr. 1—8 der KO. gleichgestellten Vorzugsrecht, falls diese Rechte zur Zeit der Pfändung bereits erworben waren, auch nach Eröffnung des Konkurses nachstehen muß, ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung des § 709 Abs. 2 von selbst. (Vgl. oben a. a. E., Endemann III S. 209, Gaupp III S. 258.)

c) Desgleichen ist der in den Entwürfen ebendas. enthaltene Satz, daß die Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen, auch auf das Pfändungspfandrecht Anwendung finden, weggelassen, weil derselbe durch die Bestimmungen in den §§ 11, 12, 41 Nr. 9, 98 der KO. (Absonderungsrecht) vollständig gedeckt wird (Prot. S. 374). Auch gelten die §§ 22—34 der KO. über die Voraussetzungen der Anfechtung von Veräußerungen und Verpfändungen aus der Zeit vor Eröffnung des Konkurses [sowie § 6 des Anfechtungs-Ges. v. 21. Juli 1879] auch für das durch die Pfändung begründete Pfandrecht, weil, wie die Mot. hervorheben, die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt worden ist, auf einer Kollusion des Schuldners und des Gläubigers zum Nachtheile anderer Gläubiger beruhen können [vgl. RG. II S. 374, III S. 398, VI S. 367, VII S. 36, X S. 33 (verein. Civilsenate), Gaupp III S. 258, Wilm. Levy Anm. 3 u. Komm. z. KO. § 28 Anm. 2 u. A.].

d) Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird (Abs. 3). Der später Pfändende hat nur einen Anspruch auf den nach Befriedigung des früher Pfändenden verbleibenden Ueberschuß. Ueber die Anschlußpfändung selbst vgl. §§ 727, 728.

Bei gleichzeitiger Pfändung für mehrere Gläubiger (auf die Reihenfolge der Aufträge an den Gerichtsvollzieher kommt es, solange die Pfändung noch nicht erfolgt ist, nicht an; vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 85 Abs. 1) konkurriren diese pro rata ihrer Forderungen; ein Pfand- oder Vorzugsrecht, welches für den Fall eines Konkurses den Faustpfandgläubigern nicht gleichgestellt ist, gewährt auch in diesem Falle keinerlei Vorzug. Vgl. § 728 Anm. 6.

5) Auch die bloßen Arrestgläubiger erwerben durch Vollziehung des Arrestes in das bewegliche Vermögen des Schuldners ein Pfandrecht (§ 810).

6) In erster Lesung war von der RTK. noch folgender Absatz beigefügt worden:

„Durch die Sicherheitsleistung des Schuldners sowie durch die dem Schuldner nachgelassene Hinterlegung des Schuldbetrags erwirbt der Gläubiger an den hinterlegten Gegenständen im Verhältniß zu anderen Gläubigern die im zweiten Absatz bestimmten Rechte."

Diese Vorschrift wurde jedoch bei Revision der zweiten Lesung von den Regierungen lebhaft bekämpft und in Folge dessen wieder beseitigt. Bei der Diskussion herrschte darüber fast allgemeines Einverständniß, daß in Bezug auf die zur Abwendung der Vollstreckung erfolgende Sicherheitsleistung des Schuldners [§§ 647, 652 Abs. 2, 657 (s. auch § 803)] der in erster Lesung angenommene Satz richtig sei. (A. M. Hellmann III S. 75.) Die Bedenken gegen die Aufnahme entsprangen hauptsächlich daraus, daß für andere Fälle der Sicherheitsleistung (§§ 101 ff.) die civilrechtliche Wirkung nicht bestimmt sei, eine derartige verschiedene Be-

handlung gleichartiger Fälle aber, namentlich gegenüber den Bestimmungen der KO. §§ 40 u. 41 Nr. 9, leicht zu Mißverständnissen führen könne. Dagegen wurde in Bezug auf die dem Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Hinterlegung des Schuldbetrags (§ 652 Abs. 2) die Richtigkeit jenes Satzes von den Regierungsvertretern angefochten und geltend gemacht, daß diese Hinterlegung, neben der Sicherheitsleistung aufgeführt, etwas anderes sei als letztere, daß sie als Zahlung qualifizirt werden müsse, während von anderer Seite dafür gehalten wurde, daß die Hinterlegung nur, wenn sie solvendi causa erfolge, zur Zahlung werde, solches aber nicht zutreffe, wenn zur Abwendung der Vollstreckung hinterlegt werde, weil der Schuldner alsdann nur dem durch die Vollstreckung gegen ihn geübten Zwange zur Zahlung ausweichen wolle.

Nachdem der Satz gestrichen und somit in der CPO. die Wirkung der Sicherheitsleistung des Schuldners und der Hinterlegung des Schuldbetrags im Falle des § 652 Abs. 2 (vgl. auch §§ 647, 657, 716 Abs. 2, 720) nicht bestimmt worden, ist anzunehmen, daß sich dieselbe nach dem bürgerlichen Rechte richtet.

Nach gem. Recht entsteht durch die Hinterlegung behufs Sicherheitsleistung seitens des Schuldners ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht mit Absonderungsrecht im Konkurse (RG. XII S. 222; minder bestimmt RG. XII S. 394). Dasselbe wird für diejenigen Landesrechte gelten, welche keine strengeren Erfordernisse für das Faustpfandrecht aufstellen; so z. B. für Preuß. ALR. I, 20 §§ 94, 104, 105; I, 14 §§ 195, 199. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 3, S. 897, Seuffert Anm. 4a, Gaupp III S. 261, Petersen §§ 708, 709 II 3 a. E., J. W. Planck: Lehrb. d. Civilprozeßrechts. Nördlingen 1886. S. 373. A. M.: Hellmann III S. 76, Bolgiano S. 193 Anm. 1. S. jedoch § 101 Anm. 3, Hellmann, Lehrb. S. 850b, Herzog in Busch, Zeitschr. VI S. 376). Wo landesgesetzlich strengere Erfordernisse vorgeschrieben sind, wird das Gericht den Kautionsbesteller zu deren Erfüllung anhalten müssen, damit der Zweck der Sicherheitsleistung erreicht wird (vgl. EG. z. KO. § 16, Planck a. a. O. S. 374).

Die Hinterlegung des Schuldbetrags seitens des Schuldners (vgl. § 652) ist nach gem. und preuß. Recht Zahlung unter einer Resolutiv-Bedingung (daß nämlich das Urtheil nicht wieder aufgehoben werde), macht also den Gläubiger zum Eigenthümer (so auch Präj. Nr. 1225 des preuß. OT. v. 26. Nov. 1842, Präj.-Samml. S. 383 und Striethorst, Arch. 15 S. 209, 38 S. 288, 83 S. 185, Wilm. Levy Anm. 3, S. 898, Seuffert Anm. 4d, Gaupp a. a. O. A. M.: Förster (Eccius) I S. 672 Anm. 28, Mandry S. 380 Anm. 21, Hellmann, Lehrb. S. 830c; Sarwey II S. 179 will nach den Umständen des Falles entscheiden).] Nach bürgerlichem Recht regelt sich insbesondere auch die Frage, ob durch die Hinterlegung des Schuldbetrags der Zinsenlauf gehemmt wird.

Hinterlegt der Gerichtsvollzieher (§§ 659, 710, 728, 738, 750, 751, 810) oder der Drittschuldner (§ 750), so kann die Wirkung keine andere sein als ein Pfandrecht (vgl. auch § 101 Anm. 3, Wilm. Levy a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 851, 853, Mandry S. 381, Gaupp III S. 260, Kleiner III S. 114, ferner über Pfandrecht an Geld Windscheid, Pand. I § 226a Anm. 2. A. M. Seuffert für die Fälle der §§ 710 Abs. 4, 728 Abs. 3 u. 4, 751 Abs. 2 u. 3).

Der Gegenstand des Pfandrechts ist da, wo hinterlegtes Geld in das Eigenthum des Staats übergeht (Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 §§ 7, 8) die Forderung an die Staatskasse.

Auch die Wirkungen einer Sicherheitsleistung von Seiten des Gläubigers zum Zwecke einer Zwangsvollstreckung, eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung in den Fällen der §§ 647, 650, 652 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 688 Abs. 2, 690 Abs. 3, 801 Abs. 2, 803, 815 bestimmen sich nach bürgerlichem Rechte. (Vgl. Seuffert Anm. 4b.)

7) Rechtswidrige Verfügungen des Schuldners über den gepfändeten Gegenstand werden nach § 137 StrGB. bestraft (s. unten § 712 Anm. 2 a. E.); vgl. auch §§ 288, 289 das. Ver-

§ 710. Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

Die Klage ist bei dem Vollstreckungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Die Vorschriften der §§. 688, 689 finden hierbei entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 972. Entw. I. § 626. Entw. II. § 646. Entw. III. § 659. Mot. S. 425. Prot. S. 374, 571.

---

fügungen aber, durch welche der gepfändete Gegenstand der Verstrickung im Sinne des § 137 a. a. O. nicht entzogen wird, z. B. Veräußerung einer körperlichen Sache ohne Besitzwechsel, sind gestattet und gültig. Ein allgemeines Veräußerungsverbot besteht nicht. (Vgl. § 236 und rücksichtlich der Immobilien für Preußen § 16 des Ges. v. 13. Juli 1883 und dazu Krech und Fischer a. a. O. S. 266 ff., Jäckel, Zwangsvollstreckungsordn. in Immob. 2. Aufl. S. 126 ff.) S. jedoch wegen der Forderungen § 730 Anm. 7.

8) Das Pfändungspfandrecht erlischt nach § 720 mit der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher, durch Rückgabe des Pfandes an den Schuldner auf Anweisung des Gläubigers oder auf gerichtliche Anordnung (vgl. § 691) und außerdem nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (vgl. z. B. HGB. Art. 306 Abs. 1; s. auch oben Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 1 a. E. und Mandry S. 346, 347).

9) In Preußen finden die Vorschriften der CPO. über die Wirkungen der Pfändung entsprechende Anwendung auf die auf Grund einer Entscheidung oder Anordnung der zuständigen Verwaltungsbehörde, eines Verwaltungsgerichts oder einer Auseinandersetzungsbehörde bewirkte Pfändung (AG. z. CPO. § 14. S. Struckmann und Koch, Preuß. AG. S. 250). Vgl. auch Verordn. v. 7. Sept. 1879, betr. das Verwaltungszwangsverfahren, §§ 24 ff. (GS. S. 591).

§ 710.

1) Der § 710 entspricht dem § 690, den er gewissermaßen einschränkt. Wie § 690 sich auf Dritte bezieht, welche gegen die Zwangsvollstreckung selbst Widerspruch erheben, so § 710 auf Dritte, welche dem Fortgang der Vollstreckung durch Pfändung (nicht auch durch Wegnahme nach §§ 769, 770) nicht widersprechen, sondern nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung erheben können. (So auch RG. im RAnz. 1881 b. Beil. 6 S. 3 a. E.) Es sind dieses solche, die ein Pfand- oder gleichgestelltes Vorzugsrecht an der gepfändeten Sache haben, ohne zugleich sich im Besitze derselben zu befinden. Für diejenigen, welche sich im Besitze befinden, bedarf es, wenn dennoch ohne ihre Zustimmung (s. § 713) gepfändet ist, nicht der Anwendung des § 710; ihr Widerspruchsrecht gewährt, sobald die Versteigerung erfolgt ist, schon nach § 690 ein Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse (s. § 690 Anm. 3 a. E. A. M. Cretschmar im civ. Arch. 64 S. 325 ff., welcher auch hier § 710 anwenden will). Die Mot. sagen in dieser Hinsicht:

„Nach der Preuß. KO. v. 8. Mai 1855 §§ 264, 376 können diejenigen, welche ein Pfandrecht an beweglichen Sachen haben, der Zwangsvollstreckung in dieselben nicht widersprechen, sind vielmehr nur befugt, ihre Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse allenfalls im Wege der Klage geltend zu machen (vgl. auch Bayer. PO. Art. 902, 915, P. E. § 1049). Soweit hierdurch auch solche Gegenstände betroffen werden, welche sich im Besitze des Pfandgläubigers befinden, ist die Vorschrift nicht ge-

rechtfertigt, da der Schuldner selbst nicht einmal thatsächlich in der Lage sein würde, die Gegenstände zu veräußern. Den Anspruch auf Herausgabe kann der die Vollstreckung betreibende Gläubiger nur unter denselben Voraussetzungen und Beschränkungen geltend machen, wie der Schuldner selbst; es greifen die Bestimmungen der §§ 745, 746 Platz. Sollte der Schuldner in fraudem creditorum verpfändet haben, so kann in Frage kommen, ob nach den Vorschriften des materiellen Rechts die Verpfändung angefochten werden kann; allein die Möglichkeit eines fraudulosen, die Gläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäfts vermag nicht die Befugniß der Gläubiger zu sofortiger Einlösung der Pfandsache, noch weniger die Befugniß zum Verkaufe derselben zu begründen. Soweit sich dagegen der Pfandgläubiger nicht im Besitze befindet — was z. B. bei der Pfandbestellung durch sog. symbolische Besitzübertragung (vgl. Förster, Preuß. Privatr. III § 197, Bundesgesetz v. 21. Juli 1870 § 6), bei der gemeinrechtlichen Hypothek, in handelsrechtlichen Verhältnissen (ADHGB. Art. 409, 624) vorkommen kann — fordert die Rücksicht auf den energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung, daß das Pfandrecht den Fortgang der Exekution nicht hemmen darf. Der Entwurf hat daher in Uebereinstimmung mit dem N. E. § 972 dem nicht besitzenden Pfandgläubiger den Widerspruch gegen die Pfändung versagt und sein dingliches Recht in einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch auf den Erlös verwandelt (vgl. Norbd. Prot. S. 2016, 2017). Daß ferner dem Pfandrechte das Vorzugsrecht gleichgestellt und im Anschlusse an die Bayer. PO. Art. 920 und den PE. § 1049 der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung eingeräumt ist, wird keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen."

Hieraus ergiebt sich zugleich, daß, wenn der Dritte die ihm verpfändete oder von ihm, z. B. kraft des kaufmännischen Retentionsrechts (HGB. Art. 313—315), zurückbehaltene Sache im Besitze hat, der Gläubiger, welcher aus derselben Befriedigung beanspruchen will, seinerseits gegen den Dritten im Wege der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe oder Leistung vorgehen muß (vgl. §§ 745, 746). Stärkere Rechte hat die Gläubigerschaft im Konkurse (KO. §§ 108—110, 117).

2) Abs. 1: — „nicht im Besitze der Sache" — Es kann zweifelhaft sein, ob „Besitz" hier juristischen Besitz bedeutet. Dafür scheint zu sprechen, daß hier nicht wie in den §§ 712, 713 der Ausdruck „Gewahrsam" gewählt ist. Daß aber das Wort nur solchen Besitz, welcher mit Gewahrsam verbunden ist, bezeichnet, und zugleich den bloßen Gewahrsam umfaßt, ergiebt theils die Geschichte des Paragraphen, welcher in dem betreffenden Passus wörtlich dem N. E. § 972 entnommen ist, wo, wie die Verhandlungen (vgl. Norbd. Prot. S. 2016, 2017) ergeben, der Ausdruck „Besitz" zugleich „Gewahrsam" im technischen Sinne umfassen sollte; theils wird diese Auslegung durch die Anm. 1 mitgetheilte Stelle der Mot. unterstützt, welche sich auf die symbolische Besitzübertragung bezieht; theils endlich läßt sich dafür die dem § 710 in gleicher Weise wie den §§ 712, 713 zu Grunde liegende ratio legis anführen, daß in den Gewahrsam eines Dritten die Zwangsvollstreckung niemals wider dessen Willen eindringen soll. (Ebenso Voß in Gruchot, Beitr. XXIII S. 269, v. Glasenapp das. XXIV S. 256, Petersen § 710 Nr. 2, Sarwey II S. 180 Anm. 2, Endemann III S. 211, Gaupp III S. 262, 263 u. A. Vgl. auch EG. z. KO. § 14 Abs. 1, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 72 Nr. 1 u. Mandry S. 281 Anm. 49. Wilm. Levy Anm. 1 und Seuffert Anm. 2 rechnen auch juristischen Besitz ohne Gewahrsam hierher; s. auch RG. IX S. 424 ff.) Freilich kommt es nicht darauf an, ob der Berechtigte selbst oder durch einen Dritten, — nicht den Schuldner — den Gewahrsam ausübt (vgl. auch Hellmann, Lehrb. S. 835).

Als „Besitz" im Sinne des § 710 ist auch das Verhältniß dessen anzusehen, welcher mittels Konnossements, Lagerscheins, Ladescheins oder eines ähnlichen Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand zu verfügen (vgl. HGB. Art. 374, 382, Darlehnskassen-Gesetz v. 21. Juli 1870 § 6 (BGBl. S. 499), Preuß. AG. z. KO. § 5). [So auch RG. IX S. 424 u. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 71, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2.] Ob in den Fällen einer gesetzlich zugelassenen Verpfändung durch sog. symbolische Uebergabe der Besitz in dem eben bezeichneten Sinne übertragen wird, — was die Mot. verneinen — ist lediglich thatsächliche Frage. (Vgl. Endemann III S. 211, EG. z. KO. § 14 Abs. 1.) Nach preuß. Recht (vgl. ALR. I 20

§§ 271 ff.) und nach gem. Recht ist die Frage keineswegs zweifellos. (Vgl. das all. Ges. v. 21. Juli 1870 § 6, Entsch. d. preuß. OT. 54 S. 20 ff., R. Koch in Behrend, Zeitschr. f. Gesetzg. V S. 341 ff., Dernburg I S. 874 ff., Wilm. Levy a. a. O., Mot. z. KO. S. 197 ff., Sarwey, Konkursordn. S. 340 ff.)

Dringt der Gerichtsvollzieher widerrechtlich in den Gewahrsam eines Dritten ein, so ist gegen den Gläubiger, in dessen Auftrage jener handelt, eine Klage wegen Besitzstörung zuläßig (Glasenapp a. a. O. S. 256). Anders, wenn die Sache im Gewahrsam des Schuldners sich befand, da dieser Umstand genügt, den Gerichtsvollzieher zur Pfändung zu legitimiren, und der Dritte alsdann auf die Klage aus § 690 angewiesen ist (vgl. § 690 Anm. 2 a. E.).

Welche Rechte unter § 710 fallen, entscheidet sich nach materiellem Recht. Es gehören dahin alle hypothekarischen Rechte an beweglichen Sachen, auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers (Preuß. ALR. I, 21 § 395; vgl. RG. XIII S. 255; ein bloßes Selbsthülferecht nimmt an Francke in Jahrb. f. Dogm. XX S. 452 ff.) bzw. des Verpächters an den Früchten des Pächters — so lange Ersterer nicht in Ausübung des Retentionsrechts Besitz ergriffen hat (vgl. hierüber Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 551. A. M. Cretschmar a. a. O. S. 327 ff., welcher ihm das Widerspruchsrecht aus § 690 zubilligt, weil er Gewahrsam an den Illaten bzw. Früchten habe) — sowohl nach gem. wie nach preuß. und franz. Rechte (s. auch RG. XII S. 370 und RG. i. StrS. III S. 58, IV S. 43, V S. 186 ff., Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 263, Förster (Eccius) II § 136 Anm. 251, III § 194 Anm. 46 u. A.) und die Pfandrechte des Frachtführers und Verfrachters nach Ablieferung des Guts (HGB. Art. 409, 624). [Vgl. auch Fitting § 86 Anm. 7, Sarwey a. a. O. S. 361 ff., Hellmann III S. 78 ꝛc.] Ferner gehören hierher die Fälle, in welchen die Pfandsache nach gültiger Entstehung des Faust- oder Pfändungs-Pfandrechts dem Faustpfandgläubiger bzw. Gerichtsvollzieher abhanden gekommen ist (vgl. Gaupp III S. 263, Kleiner III S. 117, Seuffert a. a. O. u. A. A. M. Sarwey II S. 182). Die Pfandklage (§ 709 Anm. 3) wird in diesen Fällen durch die seitens eines Anderen bewirkte Pfändung abgeschwächt (vgl. auch Dernburg I § 357, S. 882 Anm. 18). Die Klage des § 710 steht auch Massegläubigern und einfachen Absonderungsberechtigten gegenüber der Konkursmasse zu (RG. XIV S. 3).

Wegen der Anschlußpfändung s. §§ 727, 728.

Sind bewegliche Pertinenzen von Immobilien oder stehende und hängende sowie abgesonderte, aber noch auf dem Grundstück befindliche Früchte im Wege der Mobiliarexekution gepfändet (vgl. § 708 Anm. 1 a. E.), so kann der Realgläubiger, soweit nicht, wie bei den letztgedachten Früchten, der Pfandverband durch die räumliche Fortschaffung gelöst ist (vgl. Förster (Eccius) III § 199, S. 549 Anm. 15), nach vorstehenden Grundsätzen sein Vorrecht an dem Erlöse geltend machen. (Vgl. § 714 Anm. 2, OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. IX S. 488 ff., Jäckel a. a. O. S. 36, Krech u. Fischer a. a. O. S. 718.) Nach § 206 d. preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 kann aber jeder Realberechtigte einer Zwangsvollstreckung dieser Art in bewegliche Theile oder Zubehörungen eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens (nicht auch in abgesonderte Früchte) unter entsprechender Anwendung des § 690 widersprechen.

3) Abs. 2: Die Bestimmungen des § 710 im Einzelnen entsprechen meistens gleichfalls denjenigen des § 690. Insbesondere ist auch hier der die Einwendung erhebende Dritte auf den Weg der Klage im ordentlichen Verfahren (§ 684 Abs. 3 findet keine Anwendung) verwiesen; im Vertheilungsverfahren kann sein Streit mit dem pfändenden Gläubiger nicht ausgetragen werden (vgl. § 758 Anm. 2), wie auch die Mot. ausdrücklich hervorheben. Ist der Erlös bereits ausgezahlt, so kann die Klage beim Vollstreckungsgericht nicht mehr angestellt werden (RG. XII S. 370; vgl. dazu Grisebach in Busch, Zeitschr. IX S. 264 ff.). Die bloße Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher hat nicht die gleiche Wirkung; § 720 paßt hier nicht (OLG. Kiel

§ 711. Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, in Betreff seiner Forderun-

---

in Seuffert, Arch. 40 Nr. 186 I; OLG. Celle das. II). — Eine spätere Klage (wegen grundloser Bereicherung) kann nur im gewöhnlichen Gerichtsstande angestellt werden. Ob dieselbe durch Versäumung der Geltendmachung bis zur Zahlung des Erlöses ausgeschlossen ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. An sich hat die Unterlassung der Erhebung der Klage aus § 710 (abgesehen von besonderen civilrechtlichen Bestimmungen) den Verlust des materiellen Anspruchs z. B. der Kondiktion (Bereicherungsklage) des Vermiethers, nicht zur Folge (vgl. Wilm. Levy Anm. 3 a. E., Seuffert Anm. 3 a. E.). Vgl. §§ 764 Anm. 5, 765 Anm. 1.

4) Nach den Entwürfen ist der Anspruch stets bei dem Vollstreckungsgerichte geltend zu machen. Dies ist von der RTK. dahin geändert worden, daß im Einklange mit den allgemeinen Grundsätzen über die sachliche Zuständigkeit sowie mit dem in § 690 Abs. 1 beibehaltenen Prinzip die Klage nur dann beim Vollstreckungsgerichte zu erheben ist, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört (GVG. § 23). Die Kammern f. Handelssachen sind nicht ausgeschlossen. Der Streit kann recht wohl Handelssache sein (s. oben Anm. 2, Sarwey II S. 183, Endemann III S. 212, Petersen § 710 Nr. 3, jetzt auch Seuffert Anm. 5 u. A. A. M. Hellmann III S. 79).

Die Gebühren sind die gewöhnlichen des GKG. § 18 bzw. d. GO. f. RA. § 13.

5) Der Abs. 3 stimmt vollständig mit § 690 Abs. 2 überein. Wegen der Streitgenossenschaft gelten die gleichen Grundsätze.

6) Abs. 4: Die Hinterlegung, welche auch schon vor Erhebung der Klage angewandt werden kann (vgl. § 686), erfolgt durch den pfändenden Gerichtsvollzieher. Vgl. § 728. Sie begründet bzw. erhält das Pfändungspfandrecht (vgl. § 709 Anm. 6); auch dem Intervenienten gegenüber tritt der Erlös an Stelle der gepfändeten Sache (s. Abs. 1).

Wo zu hinterlegen ist, richtet sich nach den Landesgesetzen. Vgl. §§ 101 Anm. 3, 652 Anm. 3, 4. Für Preußen ist eine die vorläufige Verwahrung beim Amtsgerichte rechtfertigende besondere Dringlichkeit im Sinne des § 74 Nr. 3 der Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 (GS. S. 249) nicht anzunehmen (vgl. Mot. z. Entw. S. 52, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 472).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 2 (in der Fassung des Ges. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2.

7) Der zweite Satz des Abs. 4 ist von der Redaktionskommission der RTK. hinzugefügt worden, um möglichst Einklang mit § 690 Abs. 3 herzustellen. Die „Hinterlegung des Erlöses" entspricht hier der „Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln" im Falle des § 690 Abs. 3; da die Zwangsvollstreckung selbst hier ihren Fortgang nimmt, kann § 690 Abs. 3 keine direkte Anwendung finden. Der letzte Satz des § 690: „Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig" eignet sich nicht einmal zur analogen Anwendung. (So auch Petersen § 710 Nr. 4 a. E., Fitting § 86 Anm. 10, Gaupp III S. 266. A. M. Sarwey II S. 184 Anm. 9.)

§ 711.

Literatur: Krech in Gruchot, Beitr. XXVI S. 218 ff. W. Francke: Der Offenbarungseid im Reichsrecht. Berlin 1885. Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 38 ff. und in Mecklenb. Zeitschr. II S. 321 ff. Hellmann, Lehrb. S. 853 ff.

1) Der durch die gemeinrechtliche Praxis ausgebildete (vgl. Wetzell S. 298, Renaud S. 397 ff., Endemann, Lehrb. S. 817 ff.) und, obwohl dem franz. Rechte unbekannt, in die meisten neueren Gesetzgebungen übergegangene Offenbarungs- oder Manifestationseid ist

gen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

N. Entw. § 1033. Entw. I. § 627. Entw. II. § 647. Entw. III. § 660. Mot. S. 426. Prot. S. 374, 375.

— zumal nach Aufhebung der Schuldhaft und der Lohnbeschlagnahme sowie unter Berücksichtigung der in den §§ 715, 749 eingeführten erheblichen Beschränkungen der Vollstreckung — zur Sicherung der Zwangsvollstreckung im Interesse des Gläubigers für unentbehrlich erachtet und auch von der RTK. ungeachtet der wider ihn erhobenen Bedenken beibehalten worden. (S. auch KO. § 115.)

2) Die Verpflichtung zur eidlichen Offenbarung nach § 711 ist eine wesentlich prozessualische (vgl. Krech a. a. O. S. 223 ff., Francke a. a. O. S. 23 ff.). Der Schuldner kann nur au Antrag des Gläubigers (gleichbedeutend mit „auf Verlangen" in P. E. § 1109; vgl. Krech a. a. O. S. 234) zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses und zur eidlichen Erhärtung desselben angehalten werden. Voraussetzung der Zulässigkeit dieses Antrags ist, daß entweder eine Pfändung, d. h. eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (§ 708), voraufgegangen ist, welche zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder daß der mit einem Vollstreckungstitel (als welcher jedoch ein Arrestbefehl nicht genügt — vgl. Merkel, Arrest S. 168, Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. wegen § 808 Francke a. a. O. S. 4 ff.) versehene Gläubiger glaubhaft macht, daß eine Pfändung zu seiner vollständigen Befriedigung nicht führen werde, z. B. durch Verweisung auf frühere fruchtlose Pfändungen (vgl. auch LG. Dresden im civ. Arch. 70 S. 156). Darauf also, ob etwa eine Befriedigung des Gläubigers aus unbeweglichen Gütern erfolgen kann, kommt es nicht an; durch Verweisung auf solche kann der Schuldner die eidliche Offenbarung seines Vermögens nicht abwenden.

Der Antrag auf Vorlage des Vermögensverzeichnisses und derjenige auf Leistung des Offenbarungseides müssen nothwendig mit einander verbunden werden. Das Verzeichniß bedeutet eine spezifizirte Angabe der einzelnen Vermögensstücke; die Angabe, „der Schuldner besitze nichts" oder „nichts, als was er auf dem Leibe trage", genügt nicht (vgl. Krech a. a. O. S. 227, Seuffert Anm. 4). Ein besonderer Zwang zur Vorlegung oder Vervollständigung des Verzeichnisses, etwa nach §§ 773, 774, findet aber nicht statt; es giebt nur den Zwang zur Eidesleistung in dem Anm. 5 bezeichneten Verfahren. (S. besonders Seuffert Anm. 2, ferner Wilm. Levy Anm. 4, Hellmann III S. 80 u. Lehrb. S. 854, Gaupp III S. 268, Krech a. a. O. S. 226 ff., 236, jetzt auch Petersen § 711 Nr. 3 a. E., Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 40 ff. u. A. A. M. Puchelt II S. 649 Anm. 2. Endemann III S. 213, 214 ist wohl nicht (wie Seuffert annimmt) zu den Gegnern zu zählen.)

3) Die Form des Offenbarungseides ist rein assertorisch. Ein Versprechen der Anzeige von nachträglich ermittelten Vermögensstücken (Preuß. AGO. I 22 § 23, Hann. PO. Anhang Anl. VI) ist in die Eidesnorm nicht aufgenommen (ebensowenig wie die Verneinung fraudulöser Veräußerung). Auf der anderen Seite umfaßt aber die Eidesnorm in ihrer allgemeinen Fassung das gesammte (aktive) Vermögen des Schuldners, auch das unbewegliche und auch diejenigen Theile des beweglichen, welche nach den §§ 715, 749 von der Vollstreckung ausgenommen sind; es soll nicht der alleinigen Beurtheilung des Schuldners anheimgestellt werden, ob eine der Voraussetzungen der §§ 715, 749 auf die betreffenden Sachen bzw. Forderungen zutrifft (so auch Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 374—377). Ebenso bezieht sich, wie auch die Mot. hervorheben, die eidliche Verpflichtung auf die Bezeichnung des Grundes und der Beweismittel hinsichtlich der in dem Verzeichnisse aufgeführten Forderungen, wodurch der Gläubiger in den Stand gesetzt wird, zu beurtheilen, ob er nach §§ 729 ff. die Zwangsvollstreckung in diese Forderungen

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 712. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.

Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntniß zu setzen.

N. Entw. §§ 968 Abs. 1, 970 Abs. 2. Entw. I. § 628. Entw. II. § 648. Entw. III. § 661. Mot. S. 426, 427. Prot. S. 384.

---

mit Nutzen herbeiführen kann. Bei körperlichen Sachen ist auch der Ort, wo sie sich befinden, genau anzugeben (Krech a. a. O. S. 227, Francke a. a. O. S. 24 ff., Wilm. Levy Anm. 4. A. M. Bunsen in Mecklenb. Zeitschr. II S. 321 ff.). Auch bedingte und betagte Forderungen, mit dem Familienstande verbundene Nießbrauchsrechte und angefallene, wenngleich noch nicht angetretene Erbschaften müssen angegeben werden (vgl. auch RG. a. a. O.; Siebenhaar S. 663. A. M. Kleiner III S. 120, sofern überhaupt Antretung zum Erwerb erforderlich).

Wegen der Verletzung der Eidespflicht s. StrGB. §§ 153, 163 (§ 162 paßt nicht mehr); auch die fahrlässige Verletzung ist strafbar (RG. a. a. O. u. VI S. 205).

4) Ist der Schuldner nicht prozeßfähig, so hat statt seiner nach allgemeinen Grundsätzen sein gesetzlicher Vertreter zu schwören (vgl. §§ 50 Anm. 2, 435 Abs. 1), bei einer Mehrheit von Vertretern auf Antrag alle, da es sich um eine Anzeigepflicht handelt (Gaupp III S. 269, Wilm. Levy Anm. 2, Krech a. a. O. S. 233). § 435 Abs. 2 ist nicht entsprechend anwendbar (vgl. Seuffert Anm. 6, Francke a. a. O. S. 35. A. M.: Krech a. a. O. S. 222, Wilm. Levy Anm. 3 a. E., Petersen § 711 Nr. 4).

5) Das Verfahren in Bezug auf die Abnahme des Offenbarungseides regeln die §§ 780—784.

§ 712.

1) Der § 712 handelt von der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen, welche sich im Gewahrsam des Schuldners, § 713 von der Zwangsvollstreckung in solche, die sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden. In sämmtlichen Fällen erfolgt die Zwangsvollstreckung nach dem allgemeinen Grundsatze des § 708 durch Pfändung (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1185).

2) Abs. 1: In dem Falle des § 712 (vgl. auch § 732) wird die Pfändung durch Besitznahme der betreffenden Sachen seitens des Gerichtsvollziehers, welcher den Pfandbesitz als Stellvertreter des Gläubigers (s. Dernburg I § 364a, OLG. Dresden im civ. Arch. 68 S. 415, Kahn das. 70 S. 431 ff., Seuffert Anm. 2, Gaupp III S. 255, 270 ff., Mandry S. 341) ausübt (vgl. §§ 674 Anm. 1, 675, 676), bewirkt. (A. M. [„Besitz von Amtswegen"]: Voß im civ. Arch. 66 S. 173, 185, 188 ff., 203, Nessel in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 93 ff., Förster (Eccius) II S. 353 Anm. 33, III S. 24.) Die Mot. bemerken hierüber:

> „Die mit der Pfändung nach § 709 eintretende Wirkung muß auf die Form der Ausführung derselben zurückwirken. Zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden Pfandrechts kann eine bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen bei dem Schuldner ebensowenig ausreichen, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht zugleich in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintritt. Wie zur Erwerbung des vertragsmäßigen Faustpfandrechts die Uebergabe, so muß hier die Besitznahme als Erforderniß festgehalten werden. Die Mittheilung von dem Akte an den Schuldner ist für den Akt selbst, welcher für sich allein jede weitere Verfügung des Schuldners ausschließt, nebensächlich und nur durch die Rücksicht auf den Schuldner geboten."

Vgl. auch § 709 Anm. 3. „Gewahrsam" bedeutet Detention, faktisches ausschließliches Innehaben, im Gegensatz von juristischem Besitz (vgl. § 710 Anm. 1 u. 2, Nessel a. a. O. S. 102 ff., welcher aber einen weder durch den Wortlaut noch durch den Zusammenhang gerechtfertigten Unterschied zwischen „Obhut" und „Gewahrsam" macht). In der Wohnung einer von ihrem Manne getrennt lebenden Frau kann daher wegen Ansprüche an den Ehemann keine Pfändung stattfinden; vielmehr kommen die §§ 745 ff. zur Anwendung (s. Dernburg III S. 82 Anm. 4). Ideelles Miteigenthum, wenn es mit gemeinsamem Gewahrsam verbunden ist, kann nicht nach § 712 gepfändet werden; die Pfändung ist hier nur nach § 754 möglich (vgl. OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 72, OLG. Jena das. 40 Nr. 79). Vgl. auch § 179 d. preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 (Zwangsvollstreckung in Schiffsparten). Ist der Schuldner im alleinigen Gewahrsam, so richtet sich die Frage, inwiefern der Miteigenthümer nach § 690 oder nach § 710 interveniren kann, nach bürgerlichem Recht (vgl. Wilm. Levy Anm. 1).

Auch zum strafrechtlichen Schutze der Pfändung (StrGB. § 137) genügt die protokollarische Besitzergreifungserklärung des Gerichtsvollziehers auf Grund des § 712 Abs. 1 nicht, sondern es muß eine wirkliche Besitzergreifung der Sachen stattfinden, und müssen auch die weiteren Vorschriften des Abs. 2 über die Sichtbarmachung des Pfandrechts beobachtet sein (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. III S. 552, IV S. 369, VII S. 204, VIII S. 486. A. M. das. II S. 213).

3) Ein in der RTK. gestellter Antrag, dem Abs. 1 beizufügen:

„Wo ein zur Aufbewahrung gerichtlich gezogener Pfänder bestimmtes Lokal besteht, hat der Gerichtsvollzieher die in Besitz genommenen Sachen sofort in dieses abzuliefern,"

wurde zurückgezogen, nachdem von dem Vertreter der Reichsregierung erklärt worden war, die Bestimmung gehöre in das Reglement für Gerichtsvollzieher. Vgl. für Preußen GVO. §§ 33 u. Gesch.-A. f. d. GV. §§ 66, 68.

4) Abs. 2: Ungeachtet des im Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes kann die gepfändete Sache ausnahmsweise im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, wenn eine der beiden im ersten Satze des Abs. 2 hervorgehobenen Voraussetzungen vorliegt. Aber auch in diesen Ausnahmefällen muß, wie auch die Mot. bemerken, behufs Erwerbung des Pfandbesitzes für den Gläubiger zunächst eine Besitznahme seitens des Gerichtsvollziehers erfolgen und sodann äußerlich ersichtlich gemacht werden, sei es durch Anlegung von Siegeln (vgl. StrGB. § 136), welche jedoch auch nicht immer genügt (vgl. z. B. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 378), oder auf eine sonstige äußerlich erkennbare Weise, z. B. durch Einbrennen von Marken, was an die „symbolische Verpfändung" erinnert (vgl. auch § 714 Anm. 5), aber von der in Abs. 1 verordneten Wegnahme nicht wesentlich verschieden ist. Fehlt eine solche Erkennbarkeit, so ist die Pfändung ungültig (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 286).

„Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung noch die Fortdauer des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen" (Mot.).

Hiermit wird die Zulässigkeit eines bloßen constitutum possessorium verneint [vgl. auch EG. z. KO. § 14 Abs. 1, Preuß. ALR. I 20 §§ 104, 105, ROHG. 14 S. 101 ff., 192 ff., RG. i. Str.S. II S. 230, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 370, 371; Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 71].

„In demselben Falle" — d. h. wenn die Sachen, sei es aus dem einen oder dem anderen der im ersten Satze aufgeführten Gründe, im Gewahrsam des Schuldners belassen sind. Die Worte „zu belassen", welche in den Entwürfen vor dem Worte „wenn" standen, sind von der Redaktionskommission der RTK. gerade zu dem Ende an den Schluß des ersten Satzes gesetzt worden, um das Mißverständniß auszuschließen, als ob die Worte „In demselben Falle" sich nur auf die zweite der im ersten Satze aufgeführten beiden Voraussetzungen beziehen sollten.

§ 713. Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.

N. Entw. § 971. Entw. I. § 629. Entw. II. § 649. Entw. III. § 662. Mot. S. 426, 427. Prot. S. 384.

§ 714. Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen.

N. Entw. § 985. Entw. I. § 639. Entw. II. § 650. Entw. III. § 663. Mot. S. 430, 431. Prot. S. 384–387.

Die Entfernung der äußeren Zeichen ohne Wissen des Gläubigers bzw. Gerichtsvollziehers oder das Unkenntlichwerden derselben hebt das einmal entstandene Pfandrecht nicht auf, kann aber den Erwerb der Sache bzw. eines Pfandrechts von Seiten eines Dritten zu einem gutgläubigen machen (vgl. § 709 Anm. 3 a. E., 8; OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 274, Seuffert Anm. 3, Gaupp III S. 272, Mandry S. 346, Petersen §§ 712, 713 II 1 a. E.).

5) Abs. 3: Die Mittheilung an den Schuldner ist für die Wirksamkeit der Pfändung ohne Bedeutung. Dagegen ist dieselbe erheblich für spätere Handlungen des Schuldners. Die Unterlassung kann Regreßforderungen gegen den Gerichtsvollzieher begründen. Vgl. § 730 Abs. 3. Die Mittheilung erfolgt nach § 683.

§ 713.

1) „Die vorstehenden — Anwendung" — Es muß also auch im Falle des § 713 die Besitznahme seitens des Gerichtsvollziehers erfolgen und ebenso, wenn unter entsprechender Anwendung des § 712 Abs. 2 die Sachen beim Gläubiger oder Dritten — dessen Einwilligung vorausgesetzt — belassen werden (vgl. Francke in Busch, Zeitschr. X S. 112 ff.), die Erkennbarmachung (vgl. Voß im civ. Arch. 66 S. 179, Seuffert Anm. 1 u. 2).

2) — „zur Herausgabe bereiten Dritten" — Der Gläubiger kann es zunächst darauf ankommen lassen, ob der dritte Detentor dem Gerichtsvollzieher gegenüber der Pfändung widerspricht. Ist letzteres der Fall, so muß die Pfändung unterbleiben (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 72 Abs. 1—3). Nimmt der Gerichtsvollzieher trotzdem die Pfändung vor, so kann der Dritte nach § 685 Einwendungen beim Vollstreckungsgericht oder je nach Lage der Sache Klage nach § 690 oder nach § 710 erheben (vgl. § 690 Anm. 3 Abs. 2, § 710 Anm. 1, 2, Kahn a. a. O. S. 437). Nach gem. Recht steht ihm gegen den beauftragenden Gläubiger auch die Spolienklage zu, welche nur bei formell legalen Handlungen der Beamten ausgeschlossen ist (RG. XIV S. 358). Aus der widerrechtlichen Pfändung folgt aber nicht eine Haftung des Gläubigers für zufälligen Untergang der Pfandsache (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1170). Dem Gläubiger bleibt in jenem Falle sowie dann, wenn er es nicht erst auf den Versuch ankommen lassen will, überlassen, von den §§ 745, 746 Gebrauch zu machen. (Etwas anderes wollten auch die Aufl. 1—3 nicht, wie Cretschmar im civ. Arch. 64 S. 323 uns irrig unterlegt.) [So auch Endemann III S. 218, Francke a. a. O. S. 113 ff.]

3) Wegen der an Bord von Seeschiffen befindlichen Güter ist Art. 446 Abs. 2 d. HGB. in Geltung verblieben (EG. z. CPO. § 13 Abs. 1).

§ 714.

1) Der § 714 handelt von der sog. Pfändung der Früchte auf dem Halme (Saisie des fruits pendants par racines ou saisie-brandon), einem namentlich im franz. Rechte (Code de proc. art. 626 ff.) sorgfältig ausgebildeten, aber auch in manchen gemeinrechtlichen Theilen Deutschlands nicht unbekannten (vgl. z. B. Hann. PO. § 554, Siebenhaar S. 666) und in den landrechtlichen Gebieten Preußens wenigstens für Westfalen durch Kab.-Ordre vom 8. August 1832 (v. Kamptz, Jahrb. 35 S. 130, 40 S. 170) in beschränktem Maße eingeführten Rechtsinstitut.

2) Die Bedeutung des § 714 besteht vor Allem darin, daß die Pfändung der noch nicht

vom Boden getrennten Früchte auch da eingeführt wird, wo sie bis dahin nicht zulässig war, die Zwangsvollstreckung in dieselben vielmehr nur nach den Regeln der Immobiliarexekution erfolgen konnte (vgl. Francke in Busch, Zeitschr. V S. 211, Mot. z. PE. S. 277, Mayer in d. Verh. des 16. D. Juristentags I S. 234). Jene Früchte gelten hinsichtlich der Zwangsvollstreckung als bewegliche Sachen. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß das Pfandrecht mit der Vornahme des Pfändungsakts, nicht erst mit der Trennung der Früchte vom Boden entsteht (s. Gaupp III S. 273, Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., jetzt auch Mandry S. 337 u. A.). Dagegen ist durch § 714 nicht ausgeschlossen, daß die gedachten Früchte zusammen mit dem Grundstück selbst Gegenstand der Immobiliarexekution werden; es liegt dies deutlich in dem fakultativen „können". Ebensowenig ist, wie in der RTK. von den Vertretern der Regierungen und mehreren Abgeordneten ohne Widerspruch bemerkt wurde, durch § 714 das Recht der hypothekarischen oder Grundschuld-Gläubiger an den Früchten verhypothezirter Grundstücke berührt worden; ihr Widerspruchsrecht (§§ 690, 710) gegen eine Pfändung nach § 714 bestimmt sich vielmehr nach dem Civilrecht des einzelnen Landes (vgl. z. B. Preuß. ALR. I 20 §§ 475 ff. u. Preuß. Ges. über die Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen v. 13. Juli 1883 § 206; Johow in Behrend, Zeitschr. V S. 313 ff., Striethorst, Arch. 91 S. 229, Oppenheim in Gruchot, Beitr. XXVI S. 769, Heidenfeld das. XXVII S. 588 ff., Krech u. Fischer a. a. O. S. 717 ff., Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M.: v. Bülow Anm. 3, der nur § 710 anwenden will). S. auch §§ 708 Anm. 1, 715 Anm. 5. Wegen der Geltendmachung des Widerspruchsrechts vgl. § 710 Anm. 2 a. E. Hinsichtlich anderer widerspruchsberechtigter Interessenten vgl. Hüppner im civ. Arch. 70 S. 443 ff. Wegen er zur Fortsetzung der Wirthschaft unentbehrlichen Früchte s. § 715 Anm. 5.

Eine weitere Bedeutung des § 714 liegt darin, zu verhindern, daß die Pfändung nicht zu einer ungeeigneten Zeit erfolge; deshalb ist nach dem Vorbilde der meisten neueren Gesetzgebungen ein Termin vor der Reife gesetzt, bis zu welchem sie nicht vorgenommen werden darf.

Um diese doppelte Bedeutung des § 714 klarer hervorzuheben, hat die Redaktionskommission der RTK. statt der Fassung der Entwürfe:

„Früchte, welche von dem Boden nicht getrennt sind, dürfen nicht früher als einen Monat vor der Reife gepfändet werden"

die jetzige Fassung gewählt.

3) Die Bestimmung des N. E. § 985 Abs. 1, wonach die Pfändung nicht getrennter Früchte „nur bei Grundstücken, welche nicht als Theile eines mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenen Guts bewirthschaftet werden", zulässig sein soll (Nordd. Prot. S. 2096), ist, als inkonsequent und eine ungerechte Benachtheiligung des kleinen Grundbesitzers enthaltend, nicht aufgenommen worden; ebensowenig auch die Beschränkung der Statthaftigkeit der Pfändung auf zwei Drittel der Früchte (a. a. O. Abs. 2).

4) — „vor der gewöhnlichen Zeit der Reife" — Dieser Ausdruck ist statt der Worte „vor der Reife" von der RTK. gewählt, um deutlich hervorzuheben, daß es nicht auf den vorher mit Sicherheit nicht zu bestimmenden Zeitpunkt der Reife im einzelnen Jahre, sondern auf die gewöhnliche Zeit der Reife ankomme, welche der Gerichtsvollzieher meistens kennen wird oder doch leicht in Erfahrung bringen kann. Daneben ist es nicht unzulässig, den Gerichtsvollziehern durch Reglements in dieser Beziehung Anweisungen zu ertheilen. Vgl. für Preußen Gesch.-A. f. d. GV. § 83 Abs. 4. Die Vorschrift selbst ist übrigens auch nur reglementarer Natur. Bei Verletzung derselben ist das Vollstreckungsgericht nach § 685 anzurufen. (So auch Gaupp III S. 277, Endemann III S. 120, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 4 u. A. A. M. Sarwey II S. 192 Anm. 5.) Im Theilungsverfahren ist die Anfechtung nicht mehr möglich (A. M.: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 275, Wilm. Levy Anm. 2).

5) Auf eine Anfrage in der RTK., wie die Pfändung der nicht getrennten Früchte erfolgen solle, hat der Vertreter der Reichsregierung erwidert: „Im Allgemeinen lasse sich nur sagen, daß

§ 715. Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1. die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;
2. die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
3. eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;

---

die Pfändung in der Weise erfolgen müsse, daß sie sich nach Außen hin als erkennbar darstelle. Je nach der Lokalität und der Art der zu pfändenden Früchte würde verschieden zu verfahren sein. Früchte, die sich in einem verschließbaren Garten befinden, würde man durch Wegnahme der Schlüssel zu dem Garten, Früchte auf einem Acker durch Anschlag eines Plakats, Anbringen einer Tafel usw. abpfänden können. Der Gerichtsvollzieher werde an Ort und Stelle gehen, ein Protokoll aufnehmen und die Pfändung in irgend einer Weise erkennbar machen. Wie dies in jedem einzelnen Falle zu geschehen habe, werde Sache der Instruktion sein." Jedenfalls erfordert die Pfändung einen irgendwie (vgl. § 712 Abs. 2) sichtbar zu machenden Akt der Besitzergreifung (Rechtspr. d. RG. i. Str.S. V S. 587). Vgl. für Preußen Gesch.-A. f. d. GV. § 93 Abs. 2, 3. Wegen der Vergütung für die Kosten der Aberntung s. GO. f. GV. § 13 Nr. 7.

6) Daß § 714 auch zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner das Grundstück, auf dem die Früchte wachsen, gepachtet hat, ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung des Paragraphen sowie daraus, daß bezüglich der Pfändung die Früchte auf dem Halme bereits als bewegliche Sachen gelten (vgl. Anm. 1, 2), von selbst, wird übrigens zudem in den Mot. ausdrücklich hervorgehoben. (So auch Seuffert Anm. 2, Gaupp III S. 275, Petersen § 714 Nr. 2, Kleiner II S. 126, Francke a. a. O. S. 211, 212 u. A. A. M. Sarwey II S. 191 u. Konkursordn. S. 365 ff., welcher den § 714 nur zu Gunsten der Gläubiger des Eigenthümers anwenden will, aber verkennt, daß hier mit Vorbedacht in das Civilrecht eingegriffen ist.) Andererseits hat der Pächter, wenn er nicht Schuldner ist, das Widerspruchsrecht nach § 690 (OLG. Cassel in Seuffert, Arch. 37 Nr. 355, Seuffert a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1).

Dasselbe, wie von dem Pächter, wird von dem Nießbraucher bzw. dem zu einer besonderen Art des Fruchtbezuges Berechtigten gelten. Vgl. übrigens § 754.

7) Ueber die Versteigerung gepfändeter Früchte auf dem Halme vgl. § 725.

8) Daß Früchte, welche von dem Boden bereits getrennt sind, den allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen unterliegen, kann keinem Zweifel unterworfen sein, folgt aber zum Ueberflusse auch aus der Fassung des § 714 („auch bevor sie"). Vgl. § 708 Anm. 1.

9) Der § 714 bezieht sich nach seinem Wortlaute und seiner Entstehungsgeschichte nicht auf schlagbares, jedoch noch nicht geschlagenes Holz. Dasselbe kann der allgemeinen Regel nach nur Gegenstand der Immobiliarexekution bzw., soweit die Abholzung Gegenstand des Nießbrauchs oder einer Holzungsgerechtigkeit ist (vgl. ALR. I 21 §§ 32 ff., 22 §§ 201 ff.), der Zwangsvollstreckung nach § 754 werden (Siebenhaar S. 667 Anm. *, Puchelt II S. 556 Anm. 7, Gaupp III S. 274 u. A.; s. auch RG. i. Str.S. III S. 174, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. II S. 696. A. M. Endemann III S. 219 Anm. 2).

§ 715.

Ueber das Verhältniß der Pfändungsverbote des § 715 zu den Sicherungsrechten des Vermiethers und Verpächters s. Cretschmar im civ. Arch. 68 S. 445 ff.

4. bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;
5. bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;
6. bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Aerzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;
7. bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;
8. die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren;
9. Orden und Ehrenzeichen;
10. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind.

N. Entw. § 974. Entw. I. § 631. Entw. II. § 651. Entw. III. § 664. Mot. S. 427, 428. Prot. S. 387–391, 715–718.

1) Die in ähnlicher Weise in den meisten Gesetzgebungen sich findenden Beschränkungen der Pfändung beruhen, gleich dem beneficium competentiae, auf Billigkeitsrücksichten gegen den Schuldner. Sie finden allen Arten beizutreibender Forderungen gegenüber Anwendung; s. jedoch hinsichtlich Nr. 7 unten Anm. 8 a. E. Zunächst entscheidet der Gerichtsvollzieher, vorbehaltlich der Einwendungen bzw. Anträge oder Erinnerungen des Schuldners (nicht auch seiner Ehefrau oder seiner Angehörigen) oder des Gläubigers nach § 685 (vgl. § 685 Anm. 1, RG. i. Str.S. V S. 210).

2) Nr. 1—3: „Hausgeräth“ — z. B. Möbel (Preuß. ALR. I, 2 §§ 14, 15).

„Familie“ — Zu derselben gehören die mit dem Schuldner in Familiengemeinschaft lebenden Angehörigen desselben. Vgl. Code de proc. art. 592, 2.

„Gesinde“ — Dasselbe umfaßt im Gegensatz zu „Bediensteten“ (§ 169 Abs. 1, GVG. § 19) nur die zu Dienstleistungen niederer Art verpflichteten Personen (vgl. GVG. § 23 Nr. 2, Förster (Eccius) III § 237).

3) Nr. 3: Die Worte „nach der Wahl des Schuldners“ sind von der RTK. auf Antrag des Abg. Reichensperger eingeschaltet. Nach den Mot. soll dieser hauptsächlich der ländlichen Bevölkerung zu Gute kommende Befreiungsgrund einen Ausgleich bilden gegen die besonders bei städtischen Arbeitern und Handwerkern eintretende Unzulässigkeit des Lohnarrestes (vgl. § 749 Nr. 1).

4) Nr. 4: „Künstlern“ — Dieser Begriff bestimmt sich nach dem regelmäßigen Sprachgebrauch. Danach fallen unter denselben nur Personen, welche eine eigentliche Kunst (bildende Kunst, Musik, Schauspielkunst usw.) ausüben, nicht auch solche, welche von sog. niederen Künsten leben, wie die Mitglieder herumziehender sog. Künstlergesellschaften, Gaukler, Seiltänzer usw. Im einzelnen Falle wird allerdings die Grenze oft nicht leicht zu finden sein, z. B. bei Musikern, Schauspielern usw.

— „persönlichen“ — Nur die dem Künstler usw. für seine eigene Person, nicht die in seinem Geschäfte überhaupt, seinen Gehülfen usw. zur Betreibung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände (vgl. auch Code de proc. art. 592, 6, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 521).

„Gegenstände" — nicht blos „Werkzeuge", wie im Anschluß an den Code de proc. art. 592, 4 u. 6 in der RTK. ohne Erfolg beantragt wurde. Es gehören dahin folglich auch andere zur Betreibung des Berufs unentbehrliche Sachen, z. B. die Garderobe einer Schauspielerin (Prot. S. 388). Wegen der Nähmaschinen bei Schneidern s. Allg. Verf. d. preuß. JustMin. v. 22. Nov. 1882 (JMBl. S. 368); wegen der Zwangsvollstreckung gegen Handwerker, Handarbeiter und Handarbeiterinnen s. Allg. Verf. dess. v. 21. August 1884 (JMBl. S. 208). Inwieweit aber derartige Sachen als zu jenem Zwecke unentbehrlich anzusehen sind, unterliegt dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle. Aus der höheren Qualität des Gegenstandes kann kein Einwand gegen die Freilassung abgeleitet werden, wenn ein minder werthvoller nicht vorhanden ist (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 73). Erzeugnisse der Kunst fallen nicht unter Nr. 4, insofern sie nicht etwa zur Weiterbetreibung des Berufs dem Künstler unentbehrlich sind (wie z. B. das Thonmodell einer Figur dem Bildhauer).

Die „Hebammen" sind auf Antrag des Abg. Zinn von der RTK. aufgenommen worden.

Ob der Handwerker rc. das Gewerbe thatsächlich nicht ausübt, ist unerheblich (OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 520).

5) Nr. 5: Diese Beschränkung der Mobiliarexekution setzt die Zulässigkeit der letzteren voraus; sie kommt also auch da zur Anwendung, wo landesgesetzlich das Geräth, Vieh- und Feldinventar eine Pertinenz des dem Schuldner gehörigen Grundstücks bildet, aber dessenungeachtet dem Zugriff der Personal-Gläubiger unterliegt (vgl. §§ 710 Anm. 2 a. E., 757 Abs. 2; RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1166, Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 370).

„Sie ist nicht eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung überhaupt, sondern nur eine Beschränkung der Pfändung beweglicher Sachen: als Zubehör des Grundstücks unterliegen die fraglichen Gegenstände mit diesem der Zwangsvollstreckung" (Mot.).

Aus der Bestimmung folgt nicht (wie Nessel in Gruchot, Beitr. XXVI S. 208, 210 meint), daß das entbehrliche Geräth usw., auch wenn es Pertinenz des Immobile, abgepfändet werden darf. Von den Rechten der Immobiliar-Interessenten ist hier nirgends die Rede.

Auch eine Pfändung der vom Boden noch nicht getrennten Früchte in Gemäßheit des § 714 ist, wie auch die Mot. hervorheben, insoweit nicht zuläßig, als diese Früchte zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 12, Petersen § 715 I 4 a. E., Seuffert Anm. 5 u. A.)

In der RTK. wurde ein Antrag, der Nr. 5 hinzuzufügen:

„insofern dieselben gegen die Pfändung dieser Sachen Widerspruch erheben",

zurückgezogen, nachdem es allseitig als selbstverständlich anerkannt war, daß, wenn der Schuldner selbst damit einverstanden sei, die Pfändung sich auch auf die hier ausgenommenen Gegenstände erstrecken dürfe. Vgl. unten Anm. 12.

Ob der Schuldner die Landwirthschaft als Eigenthümer oder als Pächter betreibt, ist unerheblich.

Im Konkursverfahren kommt die Beschränkung der Nr. 5 nicht zur Anwendung (KO. § 1 Abs. 3).

6) Nr. 6: „Offizieren" — vgl. Anl. z. Mil. StrGB. vom 20. Juni 1872 A. Nr. I (RGBl. S. 204).

„Deckoffizieren" — Dieselben gehören nicht zu den Offizieren (vgl. Beil. z. Preuß. Mil. StrGB. von 1845 Nr. 1a im BGBl. v. 1867 S. 284, ferner RGBl. v. 1872 S. 204).

7) „Beamten" — Hierunter sind (nach den Mot.) zu verstehen: alle im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare. Der Begriff umfaßt nicht blos die Civil-, sondern auch die Militär- und Marinebeamten. Derselbe bestimmt sich rücksichtlich der Reichsbeamten nach § 1 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61); vgl. auch § 156 das., Bankgesetz § 28

(Laband, Staatsrecht des D. Reichs I S. 382 ff., Zorn, Staatsrecht I S. 225 ff.); rücksichtlich der Beamten der Einzelstaaten — zu denen auch die Kommunal- und andere im mittelbaren Dienste des Staats stehende Beamte (aber nicht bloße „Schiedsmänner") gehören (vgl. StrGB. § 359) — nach dem Landesrechte (vgl. für Preußen: v. Rönne, Staatsrecht 4. Aufl. III S. 401 ff.). Vgl. §§ 341 Anm. 1, 749 Anm. 10, 791.

— „zur Verwaltung des Dienstes" — Die Vorschrift bezieht sich also nur auf aktive Offiziere und Beamte.

„Geistlichen" — Der Ausdruck ist in demselben Sinne aufzufassen wie im StrGB. §§ 130a, 174 Nr. 1, 181 Nr. 2.

„Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten" — mithin nicht Haus- oder Privatlehrern oder Lehrern an einer Privatunterrichtsanstalt.

„Rechtsanwälten" — vgl. RAO. §§ 1 ff., 20, 24, 107 ff.

„Aerzten" — im Sinne des § 29 der Gewerbeordn., wie der Abg. Wolffson, auf dessen Antrag dieselben von der RTK. hinzugefügt sind, besonders betont hat.

Zu den hier in Frage stehenden Gegenständen können, wie die Mot. als selbstverständlich bezeichnen, auch Bücher gehören. Eine besondere Bestimmung bezüglich der Bücher der Gelehrten (Code de proc. art. 592, 3; Hann. PO. § 551) hat wegen der Unbestimmtheit des Begriffs eines Gelehrten keine Aufnahme gefunden.

8) Nr. 7: vgl. Nr. 6. „Militärärzten" — auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. beigefügt, weil dieselben nach der Terminologie des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 1874 (§ 38) weder zu den Offizieren (auch wenn sie im Offiziersrange stehen) noch zu den Beamten gehören. Unter die „Militärärzte" sind auch die Aerzte der Marine zu rechnen.

— „der Pfändung nicht unterworfenen" — vgl. § 749 Abs. 1 Nr. 8 u. Abs. 2.

Die Beschränkung fällt weg gegenüber den in § 749 Abs. 4 bezeichneten Alimentenansprüchen. (So auch Seuffert Anm. 3, Petersen § 715 II 5 a. E., Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Sarwey II S. 196 Anm. 16.)

— „oder der Pension" — Anders als in Nr. 6 kommen also auch inaktive Offiziere ꝛc. in Betracht.

9) Die Entwürfe enthielten unter Nr. 8: „das Inventarium der Posthaltereien", entsprechend dem § 20 des Postgesetzes vom 28. Okt. 1871 (RGBl. S. 347). Dieser Satz ist zwar von der RTK. gestrichen worden; durch die Streichung ist aber eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes nicht herbeigeführt, weil nach § 13 Abs. 1 des EG. z. CPO. die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die CPO. nicht berührt werden und unter den im Abs. 2 aufgeführten Ausnahmen die hier in Rede stehende Bestimmung sich nicht findet (vgl. auch Prot. z. KO. S. 7, 8).

Die jetzige Nr. 8 ist auf Antrag des Abg. Wolffson von der RTK. aufgenommen. Dieselbe kommt im Konkursverfahren nicht zur Anwendung (KO. § 1 Abs. 3).

10) Eine Ergänzung des § 715 enthält:

Gesetz, betreffend die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln. Vom 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131).

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Die Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, welche Personen oder Güter im öffentlichen Verkehr befördern, sind von der ersten Einstellung in den Betrieb bis zur endgültigen Ausscheidung aus den Beständen der Pfändung nicht unterworfen.

Durch diese Bestimmung werden dieselben im Falle des Konkursverfahrens von der Konkursmasse nicht ausgeschlossen.

§ 716. Die gepfändeten Sachen sind von dem Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern, Kostbarkeiten sind vor der Versteigerung durch einen Sachverständigen abzuschätzen.

Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

N. Entw. §§ 975, 978. Entw. I. § 632. Entw. II. § 652. Entw. III. § 665. Mot. S. 429. Prot. S. 368—370, 391, 392.

Auf die Fahrbetriebsmittel ausländischer Eisenbahnen findet die Bestimmung des ersten Absatzes nur insoweit Anwendung, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Juni 1886 in Kraft.

Urkundlich usw.

Gegeben Berlin, den 3. Mai 1886.

(L. S.) Wilhelm.
Fürst von Bismarck.

Vgl. die Materialien zu diesem Gesetz in Busch, Zeitschr. X S. 172 ff.

11) Urkunden — mit Ausnahme von Werthpapieren (vgl. hierüber §§ 722—724, 732) — namentlich auch Handelsbücher (vgl. HGB. Art. 33) sind trotz ihres Makulaturwerths kein Gegenstand der Pfändung körperlicher Sachen, weil ihre Bedeutung wesentlich in ihrem rechtlichen Inhalt beruht (vgl. Wilm. Levy Anm. 19, Gaupp III S. 282 u. A.). Auch Manuskripte (vgl. Nordd. Prot. S. 2022) sind nicht pfändbar; hier überwiegt das darin enthaltene Urheberrecht. (Vgl. § 754 Anm. 1b, Kleiner III S. 134, 135.)

12) Die in § 715 enthaltenen Beschränkungen der Pfändung können, weil sie dem öffentlichen Rechte angehören, auch durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden (vgl. § 749 Anm. 1; Nordd. Prot. S. 2023). Wenn indessen der Schuldner einen der in Nr. 1—5 bezeichneten Gegenstände freiwillig der Zwangsvollstreckung (als „entbehrlich" usw.) unterwirft, so hat der Gerichtsvollzieher denselben nicht von Amtswegen auszuschließen. Vgl. oben Anm. 5. (So auch Sarwey II S. 193; Hellmann III S. 84, jedoch einschließlich der Nr. 8, Wilm. Levy Anm. 1 u. Dorendorf, Arrest S. 75, jedoch einschließlich der Nr. 10, Petersen § 715 I 2, Endemann III S. 224 u. Gaupp III S. 279 bezüglich sämmtlicher Gegenstände Nr. 1—10, Dernburg I S. 897 Anm. 18 mit Ausnahme von Nr. 9; Seuffert Anm. 1a u. Cretschmar a. a. O. S. 461 halten den Verzicht überall für unwirksam, wenngleich Ersterer zugiebt, daß der Schuldner thatsächlich die Nichtanwendung von § 715 herbeiführen könne.)

Aus § 715 kann eine engere Begrenzung des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts des Vermiethers nicht hergeleitet werden (RG. i. Str.S. IV S. 198 u. in RAnz. 1881 b. Beil. 7 S. 4, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Petersen § 715 I 1. A. M.: Cretschmar a. a. O. S. 445 ff., Seuffert Anm. 1 a. E.).

§§ 716—721.

1) Die weitere Ausführung der Zwangsvollstreckung geschieht regelmäßig durch Versteigerung (Ausnahmen s. in §§ 716 Abs. 2, 721, 722, 726). Ueber deren Begriff und Natur s. R. Koch in Busch, Arch. f. HR. IV S. 261 ff.; vgl. auch Förster (Eccius) II § 130 S. 150 ff., Mandry S. 341, 344, 346). Wie die Versteigerung erfolgen soll, hat die CPO. nur in allgemeinen Umrissen in den §§ 716—721 festgesetzt; nähere Vorschriften haben unter Berücksichtigung örtlicher Verhältnisse die Instruktionen für die Gerichtsvollzieher gegeben. Vgl. auch KO. § 117 Abs. 1. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 7.

2) Die CPO. entscheidet nicht, ob der Gerichtsvollzieher bei der Versteigerung im Namen des Gläubigers oder des Schuldners handelt (nach den Mot. S. 429 soll dieser Frage nicht vorgegriffen werden). Vgl. jedoch einerseits § 728 Abs. 1 a. E. und andererseits §§ 723 (s. Anm. 2 das.) u. 724 sowie §§ 674 Anm. 1, 712 Anm. 2, Förster (Eccius) II S. 151. [Siebenhaar

S. 671 entscheidet die Frage unter Bezugnahme auf L. 74 § 1 D. de evict. (21, 2) ganz allgemein in letzterem, Sarwey II S. 197 in ersterem Sinne (s. jedoch S. 198, 202); ebenso unter Berufung auf die §§ 723, 724 Endemann III S. 225.] Da das Pfändungspfandrecht dem Faustpfandrecht gleichsteht (§ 709), so kommt es darauf an, was das bürgerliche Recht über den erzwungenen Verkauf des Faustpfandes bestimmt (s. auch Petersen II §§ 716—720, Seuffert § 716 Anm. 2, Hellmann III S. 87, Gaupp III S. 282, 283). [Vgl. in dieser Beziehung über das gem. Recht: Windscheid, Pand. I § 237 Anm. 17, 22, § 422 Anm. 4d, Stobbe, D. Priv.-R. II § 92, Krech u. Fischer a. a. O. S. 110 ff.; über das preußische Recht: Dernburg I § 358, Förster (Eccius) III § 194, Krech u. Fischer a. a. O. und gegen diese Jäckel, Zwangsvollstreckungsordn. in Immob. S. 293 ff.] Von dieser Frage ist die weitere nach der Haftung für Eviktion wesentlich abhängig (vgl. Dernburg I S. 884 Anm. 13).

Zuweilen erscheint der Gerichtsvollzieher in der CPO. auch als Mandatar des Schuldners (vgl. § 723 Anm. 2). Hinsichtlich der Zahlung s. §§ 716 Anm. 3, 720.

„Die Befugniß des Gerichtsvollziehers zur Empfangnahme der schuldigen Leistung an Stelle des Gläubigers giebt sowohl der Wegnahme von Geld im Wege der Pfändung als der Empfangnahme des Auktionserlöses den Charakter der Zahlung von Seiten des Schuldners; im ersteren Falle fällt naturgemäß die als Regel festgestellte Wirkung der Pfändung, das Pfandrecht, hinweg — §§ 675, 716 Abs. 2, 720. Dieses Moment ist wichtig, weil mit demselben die Gefahr des fraglichen Geldes auf den Gläubiger übergeht und namentlich die Anschlußpfändung ausgeschlossen wird (Nordd. Prot. S. 2026). Im Uebrigen entscheidet die CPO. nur über den Erfolg der Liberation des Schuldners". (Mot.)

§ 716.

1) Abs. 1: In der Regel soll eine Abschätzung der zu versteigernden Sachen nicht stattfinden (ebenso Hann. PO. § 553, anders Preuß. AGO. I 24 § 84; vgl. auch KO. § 110). Eine Ausnahme gilt nur für „Kostbarkeiten", d. h. Gegenstände von hohem Werthe, sei es wegen ihres Stoffs oder wegen ihres Kunstwerths (RG. XIII S. 36), z. B. Gemälde, Gold- u. Silbersachen, fremde Münzen, Juwelen (vgl. KO. §§ 120, 125; Preuß. ALR. I 2 § 21, Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 §§ 1 Nr. 4, 36, 42). Das Preuß. ALR. führt letztere häufig neben den „Kostbarkeiten" auf (vgl. das. II 18 §§ 445, 453). Vgl. übrigens § 721. Daß der Gerichtsvollzieher stets den Werth der gepfändeten Gegenstände überschlagen muß, um sich vor zu weitgehender Pfändung zu hüten, erklären die Mot. für selbstverständlich (vgl. § 708 Abs. 2, R. E. § 969, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 78 Abs. 6).

Dem Sachverständigen kann eine Vergütung nach dem ortsüblichen Preise vom Gerichtsvollzieher gewährt werden (GO. f. GV. § 16). Wegen der Vergütung des Gerichtsvollziehers s. das. § 12 Nr. 1.

2) Der Abs. 2 enthält eine Ausnahme von dem Gebote der Versteigerung, welche letztere bei gepfändetem Geld zwecklos sein würde.

Unter „Geld" ist, wie Satz 2 ergiebt, nur solches Geld zu verstehen, welches, wenn auch nicht ohne jede Einschränkung, als gesetzliches Zahlungsmittel gilt, also die Gold-, Silber-, Nickel- und Kupfermünzen der Reichswährung [vgl. Münzgesetz v. 9. Juli 1873 Art. 9—14 (RGBl. S. 233)] und die denselben gleichgestellten Münzen (das. Art. 15, 16). Vgl. § 101 Anm. 4. [Ueber den Begriff des Geldes s. auch Goldschmidt, Handb. d. HR. I 2 S. 1060 ff., Endemann, HR. 3. Aufl. S. 368 ff. I, Gareis, HR. 2. Aufl. S. 263 ff., Hasner: „Zur Lehre vom Gelde" in Grünhut, Zeitschr. VII S. 1 ff., R. Koch im Rechtslexikon II s. v. „Geld", „Münzwesen" u. in Endemann, Handbuch d. D. HR. usw. II S. 113 ff.] Der Gläubiger wird indessen wenigstens die im Verkehr allgemein wie „Geld" behandelten Werthpapiere („usuelles Geld" — Dernburg a. a. O. II S. 254 Anm. 6), also Reichskassenscheine, Reichsbanknoten und die Noten der nach § 45 des Bankgesetzes vom Reichskanzler bekannt gemachten Privatbanken nicht zurückweisen dürfen, wenn der Gerichtsvollzieher sie in natura an ihn abliefert. In dieser Beziehung ist die Willenser-

§ 717. Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnißmäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

---

klärung des Gerichtsvollziehers, als gesetzlichen Mandatars (vgl. Anm. 3), der freilich nicht genöthigt werden kann, Zahlungsmittel, welche nicht Währungsgeld sind, wegzunehmen und an den Gläubiger abzuliefern, zur Perfektion des Zahlungsgeschäfts (Satz 2) genügend. [Enger d. Preuß. Hinterlegungsordn. § 11. Vgl. auch Mandry S. 183 ff., Petersen §§ 716—720 I 1, Seuffert Anm. 4, Endemann III S. 226, Gaupp III S. 284, 285, Wilm. Levy Anm. 2.] Anders hinsichtlich fremder Münzen, selbst wenn sie im Inlande Kurs haben; nimmt der Gläubiger (nicht der Gerichtsvollzieher, dessen gesetzliche Vollmacht hier nicht ausreicht — A. M. Seuffert a. a. O.) sie statt Geldes an, so kommt es auf die Vereinbarung über den Preis (Kurs) an; anderenfalls sind sie zu versteigern (§ 721). [Ebenso Wilm. Levy a. a. O., Sarwey II S. 197, Gaupp a. a. O. u. Kleiner III S. 136, welcher jedoch ausländische Münzen, falls sie Kurswerth in Deutschland haben, unbedingt als Geld betrachtet. Puchelt II S. 563 Anm. 5 rechnet Papiergeld und Banknoten ohne Weiteres zum Gelde, während Hellmann III S. 88 unter „Geld" nur die deutschen Münzen versteht.] Für fremde Banknoten und fremdes Papiergeld gilt § 722 (vgl. das. Anm. 2). Handelt es sich um eine Sortenschuld (vgl. d. allg. Bem. z. Abschn. 2 unter 1, S. 775), so ist zunächst nach der betreffenden Sorte zu suchen. Wird diese nicht gefunden, und ist auch das Verhältniß zur Reichswährung (sofern die Sorte nicht selbst zu dieser gehört, z. B. Doppelkronen oder Kronen) im Urtheil nicht bestimmt, so hat der Gerichtsvollzieher inne zu halten und beim Gläubiger wegen Fortsetzung der Vollstreckung anzufragen, welche unter Zugrundelegung des zeitigen Kurswerths nach inländischem Gelde erfolgen kann. Wird sie gefunden, so ist die Wegnahme nicht minder Zahlung nach Abs. 2. [Vgl. über alle diese Fragen R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 373 ff.]

3) Der zweite Satz des Abs. 2 ist eine Konsequenz des § 676, wonach der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers ist (vgl. auch § 674 Anm. 1, Windscheid, Pand. I § 237 Anm. 22a, v. Glasenapp in Gruchot, Beitr. XXIV S. 248. A. M. Voß das. XXIII S. 242). Er soll zum Ausdruck bringen, daß der Schuldner durch die Wegnahme des Geldes von Seiten des Gerichtsvollziehers bis zur Höhe des weggenommenen Betrages liberirt ist und die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. In der RTK. ist dieses als übereinstimmende Ansicht der Regierungen und der Kommission von dem Vorsitzenden besonders konstatirt worden. Dagegen soll, wie die Mot. besonders hervorheben, der Entscheidung der Frage, ob diese Zahlung als eine vom Schuldner geleistete angefochten werden kann, nicht vorgegriffen werden. [Diese Frage wird im Falle des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 bejaht vom RG. XIV S. 80, im Falle des § 23 Nr. 2 d. KO. verneint vom RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 177.] Vgl. auch §§ 716—721 Anm. 2, OLG. Celle in Seuffert, Arch. 36 Nr. 247. Eine weitere Bedeutung des zweiten Satzes liegt darin, daß Anschlußpfändungen zu Gunsten anderer Gläubiger vom Augenblicke der Wegnahme des Geldes an ausgeschlossen sind (vgl. auch § 727 Anm. 1, Nordd. Prot. S. 2026. A. M. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 40 Nr. 186). Wegen des Ausschlusses des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse s. § 710 Anm. 3.

4) Der Schlußsatz „sofern nicht — abzuwenden" ist in Konsequenz des § 659 von der RTK. hinzugefügt worden, um außer allen Zweifel zu stellen, daß der Abs. 2 sich nicht auf Fälle bezieht, in welchen das weggenommene Geld nicht unmittelbar zur Befriedigung eines Gläubigers verwendet, sondern vorläufig hinterlegt werden soll (§§ 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1, 710 Abs. 4, 728 Abs. 2). [Wegen dieser Fälle s. §§ 709 Anm. 6, 728 Anm. 5, Gaupp III S. 284, 299, Seuffert Anm. 4c.]

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen.

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

R. Entw. §§ 976, 977, 979. Entw. I. § 633. Entw. II. § 653. Entw. III. § 666. Mot. S. 429. Prot. S. 393, 394.

§ 718. Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen baare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

R. Entw. § 980. Entw. I. § 634. Entw. II. § 654. Entw. III. § 667. Mot. S. 429. Prot. S. 394.

---

§ 717.

1) Die Vorschriften des § 717 sind, abgesehen von § 726, wesentliche (vgl. Mandry S. 342). Der Schuldner kann daher bei Verletzung derselben den Veräußerungsakt anfechten, und ebenso der Gläubiger. (A. M.: Mandry a. a. O., Seuffert Anm. 1.) Anträge auf Aufnahme von Vorschriften über rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners von dem Versteigerungstermine (vgl. HGB. Art. 311 a. E.) wurden von der RTK. als in die Gerichtsvollzieher-Instruktion gehörig abgelehnt (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 77 Abs. 2).

2) Abs. 1: Für Preußen ist in d. Gesch.-A. f. d. GV. § 77 Abs. 4 die Frist in der Regel auf 14 Tage bestimmt; nur aus besonderen Gründen darf der Termin über einen Monat nach der Pfändung hinausgeschoben werden.

3) Abs. 3: Die Art der Bekanntmachung unterliegt, soweit in dem Reglement nichts bestimmt ist, dem Ermessen des Gerichtsvollziehers, z. B. durch Aushang an der Gerichts- oder Gemeindestelle, Einrückung in öffentliche Blätter, Ausrufen u. dgl. m. (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 77 Abs. 4—6). Wegen der Vergütung für die Bekanntmachung s. GO. f. GV. § 12 Nr. 5.

§ 718.

1) Abs. 1: Nach dieser kategorischen Vorschrift hat der Meistbietende ein Recht auf den Zuschlag (so auch Sarwey II S. 199, 200, Hellmann III S. 89 und Lehrb. S. 864, Endemann III S. 229, Wilm. Levy Anm. 2, jetzt auch Petersen §§ 716—720 I 4a. A. M.: v. Bülow Anm. 1 u. Förster (Eccius) II § 130 S. 150, 151, nach welchen das bürgerliche Recht entscheiden soll, und Seuffert Anm. 1a, welcher die Umstände entscheiden läßt); das Meistgebot gilt als Annahme, nicht als Angebot (vgl. über diese Streitfrage Unger in Jahrb. f. Dogm. VIII S. 134 ff., Windscheid, Pand. II § 309 1b, R. Koch in Busch, Arch. f. HR. IV S. 270 ff.). Der Schuldner kann aber bis zum Zuschlage die gepfändete Sache gegen Zahlung der Schuld und Kosten einlösen. (Vgl. auch Förster (Eccius) II S. 152, Petersen a. a. O. I 4. A. M. Wilm. Levy a. a. O.)

Der Zuschlag allein bewirkt nicht, wie die (gerichtliche) Adjudikation, Uebergang des Eigenthums (RG. XIII S. 272, Sarwey II S. 200 Anm. 2, Gaupp III S. 287). Der Eigenthumsübergang richtet sich vielmehr ebenso wie der Uebergang der Gefahr, der Lasten und der Nutzungen nach dem bürgerlichen Rechte [vgl. bezüglich des preuß. Rechts Förster (Eccius) II S. 154, Dernburg I S. 883].

§ 719. Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht.

N. Entw. § 981. Entw. I. § 635. Entw. II. § 655. Entw. III. § 668. Mot. S. 429. Prot. S. 394.

---

2) Abs. 2: Von der RTK. wurde ein Antrag, hinzuzusetzen:

„falls nicht die Parteien über Stundung der Einzahlung des Kaufpreises einverstanden sind",

abgelehnt. Eine desfallsige Vereinbarung wird zwar nicht als ungültig anzusehen sein [so auch Sarwey II S. 200 Anm. 3, Petersen a. a. O. Nr. 4b, Endemann III S. 229, Wilm.-Levy Anm. 3. A. M.: Puchelt II S. 566 Anm. 6, Förster (Eccius) II S. 153, Seuffert Anm. 2]; der Gerichtsvollzieher haftet aber dem Gläubiger bzw. Schuldner, ohne dessen Zustimmung eine Stundung bewilligt ist, für den aus dem Nichteingehen des Geldes entstehenden Nachtheil. Auch kann der Käufer seine Schuld nicht durch Kompensation mit einer Forderung an den Schuldner tilgen und auf Grund dieser Kompensation Ablieferung der Sache verlangen (Gaupp III S. 288).

3) Abs. 3: „Versteigerungsbedingungen" — Dieselben sind vom Gerichtsvollzieher festzusetzen (vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 78); Erinnerungen dagegen sind nach § 685 zu erledigen.

Im Zweifel muß die Abnahme gegen Baarzahlung (Abs. 2) schon im Versteigerungstermine selbst verlangt werden, so daß bei einem Verzuge des Käufers sofort von der kassatorischen Klausel Gebrauch gemacht werden und mithin die anderweite Versteigerung erfolgen kann. Indessen kann auch eine anderweite Frist sogar nach dem Zuschlage vereinbart werden (s. Förster (Eccius) II S. 154 Anm. 35).

Die anderweite Versteigerung erfolgt nicht — wie z. B. nach dem Preuß. Ges. vom 13. Juli 1883 § 128, Hann. PO. § 562 Abs. 4 — für Rechnung des ersten Käufers, so daß diesem nicht blos der Nachtheil, sondern auch der etwaige Vortheil der Wiederversteigerung zufällt, sondern sie wird unter Aufhebung des ersten Zuschlags als Wiederholung der ersten Versteigerung ausgeführt, mithin für Rechnung des Schuldners, wobei aber der erste Käufer wegen seines Verzuges für den Ausfall haftet. Letzterer kann jedoch nicht (wie nach Preuß. AGO. I 24 § 89) sogleich durch Zwangsvollstreckung beigetrieben, sondern muß eventuell eingeklagt werden. Im Uebrigen hat der erste Käufer weder die Rechte noch die Pflichten eines Käufers und der ihm ertheilte Zuschlag also auch nicht die Wirkung des Eigenthumsübergangs (RG. VIII S. 272).

4) Daß die Personen, welche die Vollstreckung und Versteigerung leiten, in der Auktion nicht bieten dürfen, betrachten die Mot. als eine nicht in ein Prozeßgesetz gehörige Vorschrift. Darnach sind die desfallsigen landesgesetzlichen Bestimmungen (vgl. z. B. Preuß. ALR. I 11 §§ 22 ff., Hann. PO. § 553 Abs. 5 a. E., Württ. Ges. v. 15. April 1825 Art. 34) nicht außer Kraft getreten (vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 75 Abs. 3). Ebensowenig sind landesgesetzliche Vorschriften, welche dem Schuldner das Mitbieten verbieten (vgl. Preuß. ALR. I 20 § 42, Hann. PO. a. a. O.), als beseitigt anzusehen. Das Verbot ist nicht selbstverständlich (wie Siebenhaar S. 672 annimmt). [Vgl. auch Sarwey II S. 201, Kleiner III S. 140, Wilm.-Levy Anm. 4, Seuffert Anm. 4, Förster (Eccius) II S. 154, 155.]

5) Erscheint kein Bieter (was übrigens der Gläubiger durch eigenes Bieten leicht verhindern kann), so ruht die Versteigerung bis zu einem etwaigen neuen Termin oder einer etwaigen anderen Anordnung des Vollstreckungsgerichts über die Verwerthung (§ 726). Eine Ueberlassung der gepfändeten Sachen an Zahlungsstatt kann der Gläubiger nicht verlangen, wie schon per arg. e contr. aus §§ 721 Satz 2, 722 u. 736 Abs. 1 folgt. (So auch Siebenhaar S. 672, Gaupp III S. 289.)

§ 719.

Vgl. für Preußen Gesch.-A. f. d. GV. § 78 Abs. 7.

§ 720. Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

N. Entw. § 981. Entw. I. § 636. Entw. II. § 656. Entw. III. § 669. Mot. S. 429. Prot. S. 368—370, 394.

§ 721. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden. Wird ein den Zuschlag gestattendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus freier Hand zu dem Preise bewirken, welcher den Gold- oder Silberwerth erreicht.

N. Entw. § 983. Entw. I. § 637. Entw. II. § 657. Entw. III. § 670. Mot. S. 429, 430. Prot. S. 394.

§ 722. Gepfändete Werthpapiere sind, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen und, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, nach den allgemeinen Bestimmungen zu versteigern.

N. Entw. § 984. Entw. I. § 638. Entw. II. § 658. Entw. III. § 671. Mot. S. 429, 430. Prot. S. 394.

---

§ 720.

Die Bemerkungen zu § 716 Abs. 2 Satz 2 (Anm. 3 u. 4) gelten auch hier. Wegen des Widerspruchsrechts Dritter s. § 710 Anm. 2.

§ 721.

Der zweite mit dem Erforderniß der Abschätzung bei „Kostbarkeiten" (§ 716 Abs. 1) zusammenhängende Satz enthält eine Ausnahme von der Regel der Versteigerung. Der Verkauf aus freier Hand zu dem im zweiten Satze angegebenen Preise schließt auch, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, die Uebernahme durch den Gläubiger mit dieser Beschränkung in sich (Hann. PO. § 553 Abs. 5, Bayer. PO. Art. 935, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 80 Abs. 2). Für Preußen enthält die Gesch.-A. f. d. GV. § 80 Abs. 3, 4 nähere Anweisungen über den Verkauf.

§ 722.

1) Die RTK. hat statt „Papiere auf den Inhaber" auf Antrag der Abg. v. Puttkamer und Wolffson „Werthpapiere" gesetzt, um auch die Papiere auf Namen, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, und deren Werth nicht in der Einziehbarkeit des durch sie verbrieften Anspruchs, sondern in ihrer Verkäuflichkeit als Werthsache besteht (sog. Effekten), zu treffen. Es gehören dahin z. B. Aktien (HGB. Art. 182, 207 usw.), Reichsbankantheilscheine (Reichsbankstatut § 3), Kuxscheine (Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 103 Abs. 2), Staatsschuldverschreibungen, Konnossemente, Versicherungspolizen, Zinsquittungsscheine (vgl. Voß in Gruchot, Beitr. XXVII S. 828), Lotterieloose, Sparkassenbücher, mögen sie eigentliche Inhaber- oder sog. Legitimations-Papiere sein (vgl. Seuffert, Arch. 36 Nr. 113, Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 1 Nr. 3 u. dgl. m.). Die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen (§§ 729—744) passen auf diese Papiere nicht, weil letztere nicht nothwendig Forderungspapiere sind und bei ihnen nicht der Nennwerth (vgl. § 736), sondern der Tageskurs maßgebend ist; vgl. KO. §§ 118, 120, 125, Nordd. Prot. S. 2027, 2028. Auch die „außer Kurs gesetzten" Inhaberpapiere des § 724 fallen unter die allgemeine Bestimmung des § 722. Dagegen gehören Wechsel und andere indossable Forderungspapiere nicht hierher (vgl. § 732); ebensowenig Hypothekenurkunden, selbst wenn sie in blanco cedirt sind (vgl. § 732 Anm. 1. A. M. Voß in Gruchot, Beitr. XXVII S. 822 ff.).

2) Ueber den namentlich für das Handelsrecht wichtigen Begriff der „Werthpapiere" vgl. § 101 Anm. 4. Es scheidet hier alles aus, was in § 716 als „Geld" anzusehen ist (vgl. § 716 Anm. 2). Auch wegen der in Anm. 1 a. E. erwähnten Ausnahmen ist in den §§ 722 ff.

§ 723. Lautet ein Werthpapier auf Namen, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 394–396.

§ 724. Ist ein Inhaberpapier durch Einschreibung auf den Namen oder in anderer Weise außer Kurs gesetzt, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 659. Entw. III. § 672. Mot. S. 430. Prot. S. 394–396, 718.

---

der Begriff „Werthpapier" enger als in § 101 (vgl. R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 383, 384).

3) „Börsen- oder Marktpreis" — Nur unter dieser Voraussetzung (vgl. HGB. Art. 311, 343, 353, 357) fällt ein Werthpapier unter die besondere Vorschrift des § 722, daß ein freihändiger Verkauf stattfindet. (Vgl. Brunner in Endemann, Handb. d. HR. I S. 147, 148.) Jener Preis bestimmt den rechten Preis, welcher in anderen Fällen durch die Versteigerung ermittelt werden soll (vgl. HGB. Art. 311, 312, Bankgesetz § 20, KO. § 16, R. Koch im Rechtslexikon I s. v. „Börsenpreis"). Ob sich der Gerichtsvollzieher der Vermittelung eines Maklers, Bankinstituts oder Bankiers bedienen will, ist seinem Ermessen überlassen (s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 81 Abs. 7; im N. E. ist die Vermittelung vorgeschrieben). Auch der Gläubiger kann Käufer sein (s. § 721 Anm.). — Auf andere Gegenstände, welche gleichfalls einen Markt- oder Börsenpreis haben (vgl. HGB. a. a. O.), ist der § 722 nicht anwendbar.

4) — „zum Tageskurse" — Ueber diesen wird sich der Gerichtsvollzieher durch einen amtlichen Kurszettel oder ein Mäkler-Attest ausweisen müssen. Vgl. Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 §§ 15—20 (GS. S. 178), Gesch.-A. f. d. GV. § 81 Abs. 5.

5) — „nach den allgemeinen Bestimmungen" — nämlich den §§ 716—720.

§ 723.

1) Der § 723 verdankt seine Entstehung einem Antrage des Abg. Reichensperger in der RTK.; der § 724 diente dabei als Analogon. Zweck ist hauptsächlich, für die von vornherein auf Namen gestellten (im Gegensatz der außer Kurs gesetzten — vgl. § 724) Werthpapiere, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben (vgl. § 722 Anm. 1, 3), die erforderlichen Bestimmungen behufs der Ausführung der Verwerthung zu treffen. Die Umschreibung auf den Namen des Käufers ist ein Theil der Erfüllung des nach § 722 (freihändig oder auf Grund einer Versteigerung) abgeschlossenen Kaufgeschäfts. Ebendeshalb wird ungeachtet der Fassung „kann" ein desfallsiger Antrag vom Vollstreckungsgerichte nicht beliebig abgelehnt werden können (vgl. § 724 Anm. 1, Gaupp III S. 292). Bei Sparkassenbüchern (s. R. Koch im Rechtslexikon III s. v. „Sparkassen"), Versicherungspolizen und anderen sog. Präsentations- oder Legitimationspapieren (vgl. § 722 Anm. 1) wird häufig die Umschreibung nicht erforderlich sein.

2) Der Gerichtsvollzieher hat sich mit seinem Antrage auf Ermächtigung an das Vollstreckungsgericht (§ 684) zu wenden. Bei wem die Umschreibung zu erwirken ist, ergiebt sich für jedes einzelne Papier aus den Emissionsbedingungen, Statuten usw. Bei den Erklärungen handelt der Gerichtsvollzieher als nothwendiger Mandatar des Schuldners. Vgl. HGB. Art. 183, Reichsbankstatut § 4 (RGBl. S. 203), Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 81 Abs. 8 u. 9.

3) Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 723, 724 s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31; GO. f. GV. §§ 12 Nr. 3, 13 Nr. 6.

§ 724.

1) Der Eingang des § 724 lautet in den Entwürfen:

§ 725. Die Versteigerung gepfändeter, von dem Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung bewirken zu lassen.

N. Entw. § 985 Abs. 3. Entw. I. § 639. Entw. II. § 660. Entw. III. § 673. Mot. S. 430, 431. Prot. S. 396.

§ 726. Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht anordnen, daß die Verwerthung einer gepfändeten Sache in anderer Weise oder an einem anderen Orte, als in den vorstehenden Paragraphen bestimmt ist, stattzufinden habe oder daß die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorzunehmen sei.

N. Entw. § 986. Entw. I. § 640. Entw. II. § 661. Entw. III. § 674. Mot. — Prot. S. 396.

„Ist ein Inhaberpapier auf den Namen eingeschrieben (außer Kurs gesetzt).“ Die RTK. hat die jetzige Fassung gewählt, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob die Ausdrücke „auf Namen eingeschrieben“ und „außer Kurs gesetzt“ identisch seien, während doch der erstere eine besondere, vorzugsweise in Süddeutschland übliche Art der Außerkurssetzung trifft (vgl. v. Kerstorf in den Verhandl. des 7. D. Juristentags I S. 123—167). Wie nach Preuß. ALR. I, 15 § 48, so genügt auch nach gem. Recht ein Privatvermerk (RG. IV S. 138). Wegen des Ausdrucks „kann“ s. § 723 Anm. 1.

2) § 723 Anm. 2 findet auch hier entsprechende Anwendung. Die Behörde usw., bei welcher nach erfolgter Ermächtigung des Gerichts der Gerichtsvollzieher die Wiederinkurssetzung zu beantragen hat, vermerkt die letztere auf dem Papiere. Hat auf Grund des § 60 der preuß. Vorm.-Ordn. das Vormundschaftsgericht das Papier außer Kurs gesetzt, so muß es dasselbe, wenn der Anspruch von einem Gläubiger des Mündels gepfändet und demselben überwiesen wird, wieder in Kurs setzen (Johow u. Küntzel, Jahrb. III S. 61; vgl. jedoch Förster (Eccius) IV S. 222 Anm. 15). Vgl. im übrigen Preuß. ALR. I 15 §§ 50, 51; Ges. v. 16. Juni 1835 (GS. S. 133) u. v. 4. Mai 1843 (GS. S. 177, 179).

§ 725.

Vgl. die Anm. zu § 714, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 83.

„Reife“ ist hier (im Gegensatz zu § 714) die wirkliche Reife, nicht die gewöhnliche Zeit der Reife. Der Grund der Bestimmung ist, daß beim Verkauf der Früchte vor der Reife die dem Käufer zur Last fallende Gefahr für den Ausfall der Ernte den Preis unverhältnißmäßig herabdrücken würde. Die Vorschrift des Satz 1 ist übrigens nur instruktionell und kann durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner über einen solchen Verkauf abgeändert werden; auch findet § 726 Anwendung. (So auch Petersen § 725 Anm., Wilm. Levy Anm. 1, § 726 Anm. 1, Endemann III S. 235, Gaupp III S. 294. A. M.: Sarwey II S. 205, v. Bülow § 726 Anm. 2.) Die Worte „durch einen Dritten“ vor „bewirken zu lassen“ sind von der RTK. gestrichen worden, damit es nicht ausgeschlossen sei, daß der Schuldner selbst mit der Aberntung betraut werde.

Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 7.

§ 726.

1) Der Gerichtsvollzieher hat die in § 726 dem Vollstreckungsgerichte ertheilte Befugniß nicht.

— „in anderer Weise“ — Hiernach kann namentlich auch Verkauf aus freier Hand von dem Vollstreckungsgericht zugelassen werden. Die Anhörung des anderen Theiles über den Antrag ist zwar nicht geboten, aber in der Regel zweckmäßig (Siebenhaar S. 674).

2) Ist eine andere Person, z. B. ein Auktionator, mit der Versteigerung betraut, so kann

§ 727. Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt.

Ist die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist diesem eine Abschrift des Protokolls zuzustellen.

Der Schuldner ist von den weiteren Pfändungen in Kenntniß zu setzen.

N. Entw. §§ 988, 990. Entw. I. § 641. Entw. II. § 662. Entw. III. § 675. Mot. S. 431. Prot. S. 396.

§ 728. Auf den Gerichtsvollzieher, von welchem die erste Pfändung bewirkt ist, geht der Auftrag des zweiten Gläubigers kraft Gesetzes über, sofern nicht das

---

dieselbe vom Gläubiger auch mit Empfangnahme des Erlöses beauftragt werden; diese Ermächtigung knüpft sich aber nicht ohne Weiteres und mit Nothwendigkeit an den Versteigerungsauftrag. (Uebereinstimmend Petersen § 726 Anm., Gaupp III S. 259, v. Bülow Anm. 3. A. M.: Sarwey II S. 206, Wilm. Levy Anm. 2, Kleiner III S. 146, letzterer dann, wenn die Substitution auf Antrag des Gläubigers erfolgt ist.)

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der neueren Fassung); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

§ 727.

1) Der § 727 handelt von der sog. Anschlußpfändung (N. E. §§ 987, 988, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 84). Dieselbe hat ungeachtet des mit der Pfändung verbundenen Pfandrechts (§ 709) ihre Bedeutung sowohl für den zur Deckung der ersten Forderung nicht erforderlichen Theil der Pfänder als in dem Falle, daß die erste Forderung auf andere Weise zur Befriedigung gelangt. Ist die erste Pfändung ungültig, so ist auch die Anschlußpfändung unwirksam. Der Anschlußgläubiger kann auch selbständig gegen den Willen des ersten Gläubigers die Veräußerung betreiben; durch die auf seinen Betrieb erfolgende Veräußerung geht das Pfandrecht des ersten Gläubigers unter (Gaupp III S. 297, Seuffert Anm. 4, Preuß. Gesch.-A. f. GV. § 84 Abs. 10). Hinsichtlich gepfändeten Geldes und des Versteigerungserlöses (abgesehen von § 728) kann die Anschlußpfändung nicht vorkommen (vgl. §§ 716 Anm. 3, 4, 720 Anm., 728 Anm. 5, Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 717, 718 Nr. 1 a. E.).

2) Die Anschlußpfändung wird nicht, wie die erste Pfändung, durch Besitznahme oder einen derselben gleichstehenden äußeren Akt (§ 712), auch nicht durch Arrestlegung (N. E. § 988), sondern einfach durch eine Erklärung des mit der Anschlußpfändung beauftragten Gerichtsvollziehers bewirkt (vgl. RG. XIII S. 345). Ist dieses derselbe, welcher die erste Pfändung vorgenommen hat, so genügt die Protokollirung; ist es ein anderer Gerichtsvollzieher, so muß, damit die Anschlußpfändung in die äußere Erscheinung tritt, dem Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, nach der keineswegs bloß (wie Abs. 3) reglementarischen Vorschrift des Abs. 2 eine Abschrift des Protokolls zugestellt werden, und erst von diesem Augenblicke an hat, wie die Mot. hervorheben, die Anschlußpfändung dem ersten Gläubiger gegenüber Bedeutung. (So auch Sarwey II S. 207, Seuffert Anm. 2, welcher sich jedoch über das Erforderniß der förmlichen Zustellung nicht ausspricht, v. Bülow Anm. 1, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 84 Abs. 1. A. M. in letzterer Hinsicht: RG. XIII S. 345, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen §§ 727, 728 Nr. 2, Endemann III S. 237, Gaupp III S. 296, welche unter Bezugnahme auf das Wort „bewirkt" im Abs. 1 auch in diesem Falle die Erklärung zu Protokoll als das entscheidende Merkmal ansehen. Vgl. auch Fitting § 87 Anm. 16.)

3) Abs. 3: Der Schuldner ist nach Maßgabe des § 683 in Kenntniß zu setzen. Vgl. § 712 Abs. 3. Ein Dritter, welchem vom Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen zur Aufbewahrung übergeben worden sind, braucht nicht (wie nach N. E. § 988) in Kenntniß gesetzt zu werden, da er ohnehin lediglich den Weisungen des Gerichtsvollziehers Folge zu leisten hat.

4) Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 5.

Vollstreckungsgericht auf Antrag eines betheiligten Gläubigers oder des Schuldners anordnet, daß die Verrichtungen jenes Gerichtsvollziehers von einem anderen zu übernehmen seien. Die Versteigerung erfolgt für alle betheiligten Gläubiger.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgericht anzuzeigen. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

N. Entw. § 989. Entw. I. § 642. Entw. II. § 663. Entw. III. § 676. Mot. S. 431. Prot. S. 396.

---

§ 728.

1) Abs. 1: Die weitere Vollstreckung ist ungeachtet der damit dem zweiten (ausnahmsweise auch dem ersten) Gläubiger auferlegten Beschränkung der Einfachheit wegen in die Hand eines Gerichtsvollziehers gelegt. Dieser tritt fortan zu den übrigen Gläubigern kraft Gesetzes in das nämliche Verhältniß, als wenn er von demselben unmittelbar mit der Zwangsvollstreckung beauftragt wäre (Hann. PO. § 591 Abs. 1; vgl. Jastrow im civ. Arch. 68 S. 373). Daß ihm die auf die Vollstreckung bezüglichen Urkunden von Seiten des anderen Gerichtsvollziehers zu übergeben sind (Hann. PO. § 588), ist selbstverständlich; ebenso, daß er bei Vermeidung persönlichen Schadensersatzes keinen der verschiedenen Gläubiger vor den anderen begünstigen darf (Hann. PO. § 591 Abs. 2).

2) — „sofern nicht — zu übernehmen seien" — Ueber die Gründe hat das Gericht nach freiem Ermessen zu befinden; dasselbe kann auch einen Gerichtsvollzieher wählen, welcher von keinem der Gläubiger beauftragt war. Daß auch alle betheiligten Gläubiger durch übereinstimmende Wahl einen anderen Gerichtsvollzieher beauftragen können (Hann. PO. § 588), bezeichnen die Mot. mit Recht als selbstverständlich. Die Anordnung des Gerichts geschieht gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

3) Der Abs. 2 ist eine Konsequenz des Satzes, daß die Versteigerung für alle betheiligten Gläubiger erfolgt. — Ist der Erlös zur Deckung sämmtlicher Forderungen ausreichend, so darf der Gerichtsvollzieher die Vertheilung vornehmen, desgleichen im entgegengesetzten Falle, wenn keiner der Anschlußgläubiger Einwendungen dagegen erhebt, daß die Vertheilung nach der Reihenfolge der Pfändungen — wobei die Kosten der betreffenden Zwangsvollstreckung (§ 697) denselben Rang haben wie die Hauptforderung (§§ 708 Abs. 1, 719) — oder in einer anderen vereinbarten Reihenfolge geschieht. Ueber das gerichtliche Vertheilungsverfahren, welches eintritt, wenn keine dieser beiden Voraussetzungen vorliegt, vgl. §§ 758 ff. — Wegen der Gebühren des Gerichtsvollziehers für die Anzeige s. GO. f. GV. § 14 Nr. 2.

4) Die Hinterlegung erfolgt in der Regel bei dem Vollstreckungsgerichte, in denjenigen Ländern aber, in welchen Hinterlegungen bei Gericht unstatthaft sind (wie im Gebiete des franz. Rechts), bei der für solche Depositionen bestimmten Behörde (Erklärung des Regierungsvertreters in der RTK.) Vgl. §§ 101 Anm. 3, 652 Anm. 3, 4. In Preußen muß dieselbe regelmäßig bei der ordentlichen Hinterlegungsstelle erfolgen, da ein Fall der Dringlichkeit im Sinne des § 74 Nr. 3 der Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 nicht vorliegt (vgl. Mot. z. Entw. S. 52, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 472).

5) Der hinterlegte Erlös bleibt einstweilen Eigenthum des Schuldners; die Gläubiger haben nur Pfandrechte; die Bestimmung des § 720 trifft hier nicht zu. Mithin ist die Anschlußpfändung noch möglich. (Vgl. § 709 Anm. 6, Wilm. Levy Anm. 3, Hellmann III S. 95, Gaupp III S. 299. A. M.: Sarwey II S. 208, Seuffert Anm. 4).

6) Abs. 3: „In gleicher Weise" — richtiger in entsprechender Weise.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 729. Die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, erfolgen durch das Vollstreckungsgericht.

Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

N. Entw. § 992. Entw. I. § 643. Entw. II. § 664. Entw. III. § 677. Mot. S. 432. Prot. S. 396, 397.

— „wenn gleichzeitig — — bewirkt ist" — In diesem Falle konkurriren alle Gläubiger — vorbehaltlich eines besonderen Vorrechts des Einen oder des Andern nach § 709 Abs. 2 — pro rata ihrer Forderungen an dem Erlöse; vgl. § 709 Anm. 4 a. E. Lediglich die Gleichzeitigkeit der Besitzergreifung ist maßgebend, mögen die Aufträge auch nach einander ertheilt sein. Die Besitzergreifung und folgeweise auch die Pfändung für die mehreren Gläubiger ist nur ein Akt des Gerichtsvollziehers (RG. i. Str.S. im RAnz. 1884 b. Beil. 4 S. 15).

§§ 729—754.

Literatur: Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen. Leipzig 1883, u. die Kritiken in Busch, Zeitschr. VII S. 368 ff., Krit. Vierteljahrsschr. XXVII S. 208 ff.

1) Die §§ 729—754 handeln von der Zwangsvollstreckung (wegen Geldforderungen) in Forderungen, einschließlich der „Ansprüche" auf Herausgabe oder Leistung körperlicher (beweglicher und unbeweglicher) Sachen (vgl. §§ 136, 137 Anm. 2), und in solche „andere Vermögensrechte", welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind. Als Normalfall behandelt ist die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen (§§ 730 ff.; wegen des Begriffs s. d. allg. Bem. z. 2. Abschn. unter 1, S. 775); an diese schließen sich die vorbezeichneten „Ansprüche" (§§ 745—748, 751—753). Besondere Bestimmungen finden sich bezüglich der in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderungen (§§ 733, 734, 749). Bedingte und betagte Forderungen sind nicht ausgeschlossen (vgl. §§ 733, 743). Die „anderen Vermögensrechte" betrifft der § 754. In allen Fällen handelt es sich um nicht körperliche Gegenstände des beweglichen Vermögens. Was zum unbeweglichen Vermögen gehört, s. in § 757 Abs. 2.

2) Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 729, 730 Abs. 1, 736, 738, 743, 745—747, 754 vgl. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der Fassung d. Ges. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

§ 729.

1) Abs. 1: Den Gerichten ist hier nicht eine bloße Mitwirkung (wie in Code de proc. art. 557 s.; Bayer. PO. Art. 972 ff.; Hann. PO. §§ 555 ff.; P. E. §§ 1074 ff.), sondern die ganze Zwangsvollstreckung in Gegenstände der vorliegenden Art übertragen, theils wegen der schwierigeren Handhabung, theils weil damit der Erlaß eines Befehls gegen den Drittschuldner mit bestimmten Pflichten (vgl. z. B. § 739) verbunden ist. Vgl. auch Nordd. Prot. S. 2034 bis 2037.

Sachlich zuständig ist auch hier nicht das Prozeßgericht (vgl. Nordd. Prot. S. 2037), sondern das Vollstreckungsgericht (§ 684). Dies ist im Sinne des § 690 das Gericht, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt; § 730 Abs. 3 ändert darin nichts (RG. XII S. 379).

2) Abs. 2: Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit reicht das Prinzip des § 684 Abs. 2 hier nicht aus. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist daher ausnahmsweise das Amtsgericht im allgemeinen Gerichtsstande (§§ 13—20) des Schuldners (Exequenden) als das zuständige bezeichnet, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Gerichtsstand im Deutschen Reiche

§ 730. Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Der Gläubiger hat den Beschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen. Der Gerichtsvollzieher hat den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde dem Schuldner sofort zuzustellen, sofern nicht eine öffentliche Zustellung erforderlich wird. Ist die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung an den Schuldner in gleicher Weise Sorge zu tragen. An Stelle einer an den Schuldner im Auslande zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post.

Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

N. Entw. § 991. Entw. I. § 644. Entw. II. § 665. Entw. III. § 678. Mot. S. 432, 433. Prot. S. 397, 398, 571.

---

begründet ist (vgl. § 13 Anm. 2). Nur subsidiär („in Ermangelung eines solchen") konkurrirt das Quasi-Arrestforum des § 24, also namentlich das Amtsgericht am Wohnsitze des Drittschuldners oder an dem Orte, wo die als Sicherheit haftende Sache sich befindet (vgl. auch § 705 Abs. 5; anders § 810 Abs. 1 Satz 3). Hiernach können mehrere Amtsgerichte konkurriren (vgl. §§ 750 Anm. 1, 751 Abs. 2). Die Verfügungsbefugniß des von dem Gläubiger gewählten Amtsgerichts beschränkt sich jedoch nicht auf das in seinem Bezirke befindliche Vermögen, sondern ergreift die ganze Zwangsvollstreckung. Der von einer Seite beantragte beschränkende Zusatz „bezüglich des in seinem Bezirke befindlichen Vermögens" vor „zuständig" ist von der RTK. nicht angenommen. Ausnahmen enthalten die §§ 751, 752.

3) Die Gerichtsstände des § 729 sind ausschließliche (§ 707). Die von einem unzuständigen Gericht beschlossene Pfändung ist ungültig; auch der Drittschuldner, welcher nach § 736 belangt wird, kann die Unzuständigkeit geltend machen (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 196).

§ 730.

1) § 730 bestimmt die Form der Pfändung. Letztere begründet ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung. Dies ergiebt sich aus § 709, welcher zugleich das Nähere über das Verhältniß zu anderen Gläubigern bestimmt. [Die Natur des Pfandrechts an Forderungen sucht Hellwig a. a. O. in scharfsinniger Weise aus der Einräumung eines Mitgläubiger-Rechts (kooptirenden Zession) abzuleiten; vgl. jedoch § 736 Anm. 3.] Hinsichtlich der Wirkungen entscheiden die Vorschriften der CPO., insonderheit des gegenwärtigen Abschnitts, soweit diese aber nicht entgegenstehen, die des bürgerlichen Rechts. Zunächst äußert sich das Pfändungspfandrecht in der Beschlagnahme der Forderung (vgl. § 810). Hiermit ergiebt sich von selbst die Form eines doppelten (gerichtlichen) Verbots (arrestatorium und inhibitorium, Arrestgebot und Untersagungsgebot) an den „Drittschuldner" (Schuldner des Exequenden, tiers saisi) bzw. an den „Schuldner" (Exequenden, débiteur saisi). Wegen der Wirkungen einer dessenungeachtet erfolgten Zahlung bzw. Veräußerung vgl. Anm. 7. Die Wirkung der Pfändung kann durch eine private Benachrichtigung antizipirt werden (§ 744). An die Pfändung knüpft sich die Verwerthung (§§ 736, 737, 740 ff.). [Vgl. Wetzell S. 636, 640, Renaud S. 496, Mandry S. 340 ff., Hellwig a. a. O. S. 100 ff.]

Die Anschlußpfändung (s. § 727) erfolgt ebenfalls in der Form des § 730. Wegen der in § 732 bezeichneten Papiere s. das. Anm. 1.

2) Abs. 1: „Soll eine Geldforderung gepfändet werden" — nämlich nach dem Gesuche des Gläubigers, welches unmittelbar bei dem Vollstreckungsgerichte schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers unter Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung (§ 662)

anzubringen ist („Pfändungsgesuch"). Der Gläubiger hat den Vollstreckungstitel und die Zustellung desselben (§§ 671, 703) nachzuweisen (RG. VIII S. 429). Zweifelhaft ist aber, ob die Zustellung schon vor Erwirkung des Pfändungsbeschlusses geschehen muß, oder ob dieselbe vor Zustellung dieses Beschlusses genügt. Erstere Ansicht verdient den Vorzug; denn der Pfändungsbeschluß ist Beginn der Vollstreckung, nicht erst dessen Zustellung nach § 730 Abs. 3. (So auch RG. XII S. 379, Wilm. Levy § 729 Anm. 3, Gaupp III S. 302, Hellwig a. a. O. S. 120, Hellmann, Lehrb. S. 868, Planck, Lehrb. I S. 108 Anm. 31, Voß in Bödiker, Mag. II S. 136, Kuhn in Gruchot, Beitr. XXVII S. 689, 690. A. M. Seuffert Anm. 2a und in Busch, Zeitschr. III S. 352 ff.) Vgl. §§ 671 Anm. 1, 801 Anm. 1. Die Zurücklassung der vollstreckbaren Ausfertigung beim Gericht (zur Vermeidung mehrfacher Vollstreckung — s. Drache in Busch, Zeitschr. III S. 296 ff., Hellwig a. a. O. S. 122) darf nicht gefordert werden; es genügt ein Vermerk (s. d. Rez. in Busch, Zeitschr. VII S. 369 Anm. 4, Wilm.-Levy § 729 Anm. 3). Der Schuldner wird nicht gehört (§ 735). Der eigentlich entscheidende Akt („bewirkt") ist das Verbot an den Drittschuldner (s. Abs. 3). Hinsichtlich der Pfändung des Ueberschusses bei der Zwangsversteigerung von Immobilien ist § 754 Abs. 2 entsprechend anzuwenden (Schneider im civ. Arch. 66 S. 288 ff.). Wegen der Forderungen an den betreibenden Gläubiger selbst s. unten Anm. 9.

Eine Zustellung des Beschlusses an den Gläubiger (nach § 294 Abs. 3) erfolgt nur, wenn das Gesuch zurückgewiesen wird (vgl. §§ 631 Anm. 1, 633 Anm. 1). [So Petersen § 730 Nr. 3, Seuffert Anm. 2b, Gaupp III S. 302, 303, H. Meyer, Die Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen von Amtswegen. S. 56, Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. VIII S. 418 ff. u. A.]

Gegen den gewährenden oder ablehnenden Beschluß steht dem Schuldner bzw. Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (§ 701). Auch der Drittschuldner hat das Recht der (sofortigen) Beschwerde (RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 6 S. 297).

„Geldforderung" — Ueber den Begriff s. d. allg. Bem. z. Abschn. 2 unter 1, oben S. 776. Vgl. auch §§ 732—734 im Gegensatz zu den §§ 743, 745.

Auch hier gilt der Grundsatz des § 708 Abs. 1 Satz 2. Der Gläubiger darf also von einer die Vollstreckungssumme übersteigenden Forderung nur einen jener und den Kosten gleichkommenden Theil pfänden lassen. Eine Ausnahme ist auch nicht bei Unsicherheit des Drittschuldners statthaft. (A. M. Hellwig a. a. O. S. 121.) Wegen des Vorzugsrechts s. § 736 Anm. 7.

3) Die §§ 729, 730 beziehen sich auch auf im Auslande wohnende Drittschuldner (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 158). Vgl. unten Anm. 6 und § 700 Anm. 1. Ob der Drittschuldner im Deutschen Reiche zu zahlen verpflichtet ist, kommt dabei nicht in Betracht. Ein Antrag, diese Beschränkung hier oder bei § 24 aufzunehmen, weil die Pfändung einer im Auslande zahlbaren Forderung den Grundsätzen des internationalen Privatrechts widerspreche, ist von der RTK. abgelehnt.

4) Abs. 2 handelt von der Zustellung des in Abs. 1 bezeichneten Beschlusses (Pfändungsbeschlusses) an den Schuldner und den Drittschuldner. Derselbe verdankt seine jetzige Gestalt einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. v. Forcade, welcher hervorhob, man müsse dem Gläubiger die Möglichkeit entziehen, den Schuldner außer Kenntniß zu lassen.

Wegen der Pfändung hinterlegter Gelder (vgl. § 749 Anm. 15) in Preußen s. Drache in Busch, Zeitschr. III S. 301 ff. Drittschuldner ist hier die Hinterlegungsstelle, soweit es sich nicht um vorläufige Verwahrung bei dem Amtsgericht handelt (s. Hinterlegungsordn. § 81). Vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1172.

5) Die Bestimmung des Abs. 2 enthält eine Ausnahme von dem Grundsatze des — an sich übrigens auf das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht anwendbaren (vgl. oben Anm. 2, § 633 Anm. 1) — § 294 Abs. 3, welche sich durch das Interesse des Gläubigers rechtfertigt. Am wichtigsten für diesen ist das Verbot an den Drittschuldner. Ist der Letztere nicht richtig be-

zeichnet, so ist die Pfändung unwirksam, auch wenn der richtige Drittschuldner davon Kenntniß erhalten hat (obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 153). Derselbe Gerichtsvollzieher aber, welcher die Zustellung an den Drittschuldner, sei es im Auftrage des Gläubigers oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers (§§ 152, 154, 179) — wegen Anwendbarkeit des § 154 vgl. § 674 Anm. 4 — bewirkt hat, soll nun im unmittelbaren Anschlusse hieran („sofort") auch die Zustellung an den Schuldner, sobald jedoch ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, an diesen (§ 162; so auch Endemann III S. 243 Anm. 5, Gaupp III S. 304, Seuffert Anm. 3b, Petersen a. a. O. A. M. Wilm. Levy Anm. 6) ohne besonderen Auftrag (vgl. Seuffert a. a. O.) bewirken (A. M. Hellmann III S. 97 u. A.; s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 90 Abs. 5), und zwar nicht blos des Beschlusses, sondern auch einer Abschrift der die Zustellung an den Drittschuldner betreffenden Zustellungsurkunde, damit der Schuldner sogleich von dieser Zustellung, welche hiernach vorangehen muß, urkundlich Kenntniß erhält. (Wegen des Inhalts der Zustellungsurkunde vgl. auch § 739 Abs. 2, 3.) Eine Abschrift der die Zustellung an den Schuldner betreffenden Zustellungsurkunde erhält dieser bereits nach §§ 173 Abs. 2, 178 Abs. 2.

Der Gerichtsschreiber vertritt, wenn er in den zulässigen Fällen (§ 152 Abs. 2) die Zustellung an den Drittschuldner vermittelt hat, hinsichtlich der Zustellung an den Schuldner die Stelle des Gerichtsvollziehers, indessen, wie der Abg. v. Forcade unter Zustimmung des Vertreters der Reichsregierung widerspruchslos in der RTK. bemerkte, doch nur dann, wenn die Zustellung an den Drittschuldner durch die Post erfolgt ist (§§ 178, 179), nicht auch dann, wenn der Gerichtsschreiber einen Gerichtsvollzieher beauftragt hat (§ 154). In letzterem Falle bleibt vielmehr der Gerichtsvollzieher zur Zustellung an den Schuldner verpflichtet. (So auch Gaupp III S. 304, Seuffert a. a. O., Planck, Lehrb. I S. 142 u. A.)

6) Durch die erst im Laufe der Reichstagssession von der Redaktions-Kommission beschlossene Einschaltung der Worte „sofern — erforderlich wird", ferner der Worte „in gleicher Weise" und des folgenden Satzes ist klar gestellt, daß die Zustellung an den Schuldner überhaupt nicht erforderlich ist, wenn sie öffentlich (§§ 186—189) erfolgen müßte (auf die nach § 671 erforderliche Zustellung des Urtheils ist dies nicht auszudehnen), daß dagegen an Stelle der Zustellung im Auslande (§§ 182—185) die Aufgabe zur Post tritt. Beides gilt nicht für die Zustellung an den Drittschuldner. Da indessen eine öffentliche Zustellung an diesen nicht zulässig ist (§ 186 Abs. 1 voce „Partei"; so auch Seuffert Anm. 3a, Sarwey II S. 212, Gaupp III S. 304, Kleiner III S. 155, jetzt auch Hellmann, Lehrb. S. 869 u. A. A. M.: Puchelt II S. 580, Petersen § 730 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 3), so kann, sobald eine solche erforderlich wird, die Pfändung überhaupt nicht erfolgen. Eine Zustellung im Auslande an den Drittschuldner erfolgt mittels Ersuchens des Vollstreckungsgerichts an die in § 182 bezeichnete Behörde (s. auch RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 158); auf die Zustellung an den Schuldner hat dies keinen Einfluß; die Zustellung ist also wie gewöhnlich (§ 152) Sache des Gläubigers. [So auch Seuffert Anm. 3b, Petersen § 730 Nr. 4 a. E., jetzt auch Wilm. Levy Anm. 4 u. A. A. M. Puchelt II S. 579, 580, welcher den Vorsitzenden des Gerichts (§ 185) dazu verpflichten will.] Ob der Drittschuldner der Jurisdiktion des inländischen Gerichts unterworfen ist, kommt nicht in Betracht. Das „Verbot" ist nur die Form der Pfändung und ein Ausfluß der Jurisdiktion über den Schuldner. Auch das ausländische Gericht, wenn bei diesem geklagt wird, wird nach richtigen Grundsätzen dasselbe zu beachten haben. (So auch Wilm. Levy Anm. 3b. A. M.: D. preuß. JustMin., welches Mitwirkung des persönlichen Richters fordert, d. österr. ob.-Gerichtshof in d. Oesterr. Gerichtshalle 1883 Nr. 49 S. 251.) — Vgl. auch §§ 740, 743 Abs. 2.

7) Abs. 3: Erst mit der Zustellung an den Drittschuldner entsteht, obwohl das Pfändungsverfahren bereits vorher begonnen hat (s. Anm. 2), das Pfandrecht (s. Anm. 1). Jede nach derselben seitens des Drittschuldners bewirkte Zahlung an den Schuldner wie jede

§ 731. Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

N. Entw. § 999. Entw. I. § 645. Entw. II. § 666. Entw. III. § 679. Mot. S. 433. Prot. S. 398.

---

sonstige Verfügung des letzteren ist in der Regel unwirksam. [So z. B. Preuß. ALR. I 20 § 288, Verordn. v. 9. Decbr. 1809 § 2 — N. C. C. Tom. XII p. 900, Präj. d. OT. Nr. 1959 (Entsch. 16 S. 189).] Der Drittschuldner kann sich namentlich nicht damit schützen, daß er ungeachtet einer gehörigen Zustellung (z. B. Ersatzzustellung) von dem Verbote keine Kenntniß erhalten habe (A. M. Hellwig a. a. O. S. 126 ff.). Im Uebrigen genießt dagegen auch dem Pfändungspfandrecht gegenüber der gute Glaube Dritter seinen gewöhnlichen Schutz nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts. (So Mandry S. 341, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 4 b u. A. A. M. anscheinend Endemann III S. 244.) Wegen der Hypothekenforderungen vgl. § 731, Preuß. AG. z. CPO. § 16 Abs. 4.

Wegen der Pfändung preußischer Staatsschuldbuch-Forderungen vgl. Ges. v. 20. Juli 1883 § 7 Abs. 4 (GS. S. 120).

Die Anwendbarkeit des auch von den Mot. angeführten § 137 d. StrGB. auf die Pfändung von Forderungen wird durch das Wort „Sachen" nicht ausgeschlossen (Siebenhaar S. 677, Hellmann III S. 97, Endemann III S. 244, Gaupp III S. 306, Wilm. Levy Anm. 1, Oppenhoff, Komm. z. StrGB. § 137 Anm. 4, Rüdorff, StrGB. 3. Aufl. § 137 Anm. 5, RG. in Jur. Wochenschr. 1883 S. 141 und Rechtspr. d. RG. i. Str.S. VII S. 287. A. M.: RG. i. Str.S. V S. 204, v. Schwarze, Komm. z. StrGB. S. 399). Diese Wirkung beginnt mit der Zustellung des in Abs. 1 bezeichneten Gebots an den Schuldner, welche im Uebrigen für die Entstehung des Pfändungspfandrechts nicht von Bedeutung ist.

8) Auch für die Pfändung von Beamten-Gehältern usw. gilt die Form des § 730. Vgl. §§ 733, 734, 749. Wegen des Diensteinkommens der Justizbeamten in Preußen s. d. Allg. Verf. d. Just. Min. v. 29. Juni 1886 (JMBl. S. 192). Wegen der Ressortverhältnisse der Militärbehörden bei Pfändung des Diensteinkommens der Offiziere und Militärbeamten s. für Preußen Allg. Verf. v. 5. August 1881 (JMBl. S. 165), für Bayern, Sachsen u. Württemberg die Nachweisung im Centr.-Bl. f. d. D. Reich 1882 S. 92, 1881 S. 446 u. 472 (abgedruckt im Preuß. JMBl. 1882 S. 63 ff.).

9) Auf Forderungen, welche dem Schuldner an den betreibenden Gläubiger selbst zustehen, findet dieser Abschnitt keine Anwendung, weil derselbe — abgesehen von dem hier eine entsprechende Anwendung nicht zulassenden § 754 Abs. 2 — überall einen Drittschuldner zur Voraussetzung hat. Der Gläubiger muß sein Recht durch Kompensation bzw. in Fällen, in welchen die Forderung des Schuldners auf Herausgabe körperlicher Sachen geht, im Wege der §§ 712, 713, soweit es sich aber nur um Sicherungsmaßregeln handelt, durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung geltend machen (Jastrow in Busch, Zeitschr. VIII S. 461 ff., Kulemann im civ. Arch. 68 S. 440 ff. A. M. Wilm. Levy Anm. 10; vgl. auch RG. VII S. 331).

§ 731.

1) Die Vorbehalte für die Landesgesetze entsprechen der grundsätzlichen Schonung des Immobiliar-Sachenrechts in der Vollstreckungslehre (vgl. §§ 757, 811 ꝛc.).

2) Nach dem § 731 wird vorausgesetzt, daß die Pfändung auch bei hypothekarischen Forderungen (und Grundschulden) in der von der CPO. vorgeschriebenen Weise erfolgt (vgl. §§ 730, 732). [Nur bei den für den Schuldner auf seinem eigenen Grundstücke haftenden (s. Preuß. Eigenthumserwerbs-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 27, 64—66) fehlt es an einem Drittschuldner. Für dieselben würde sich nur § 754 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung eignen (vgl. RG. IX S. 319).] Die (gegenwärtigen und künftigen) Landesgesetze können aber bestimmen, daß zu der Pfändung die Eintragung in das Hypothekenbuch (Grundbuch ꝛc.) hinzutreten muß, um der Pfändung Dritten gegenüber Wirksamkeit zu verleihen, dagegen nicht, daß die Entstehung

§ 732. Die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt.

N. Entw. § 998. Entw. I. § 646. Entw. II. § 667. Entw. III. § 680. Mot. S. 433. Prot. S. 398.

---

von einem anderen Umstande, z. B. der Aushändigung (Beschlagnahme) des Dokuments, abhängen solle. Vgl. auch EG. z. KO. §§ 15, 16, Mot. z. KO. S. 205, 477, 478. Hinsichtlich der Ueberweisung s. § 736 Anm. 7. Wegen der Grundschulden mit Blankozession s. § 732 Anm. 1.

3) Ferner steht der Landesgesetzgebung frei, zu bestimmen, wie die Eintragung zu erwirken sei, ob also unmittelbar bei der Hypothekenbehörde oder durch Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (§ 698). Vgl. Norddb. Prot. S. 2043, 2044.

4) Beide Vorbehalte des § 731 erledigt für Preußen § 16 d. AG. z. CPO. v. 24. März 1879 (GS. S. 281). Die Pfändung, zu deren Nachweise die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigenthümer des Grundstückes nachzuweisen ist, ersetzt danach die Eintragungsbewilligung. Zu dem Antrage des Gläubigers auf Eintragung ist weder die Vermittelung des Prozeßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts noch die Beglaubigung erforderlich. Die Rechtswirkung gegen Dritte bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Vgl. ALR. I 20 § 281, Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 49, 53, 54. Nach diesen Bestimmungen ist die Eintragung zur Wirksamkeit des Pfandrechts gegen Dritte nicht nothwendig; es genügt die Aushändigung des Hypothekenbriefs bzw. Grundschuldbriefs. Dagegen gehört zur Eintragung die Vorlegung des letzteren (Grundbuchordn. §§ 79, 84); diese wird durch das Vollstreckungsgericht mit Hülfe des Gerichtsvollziehers erzwungen (vgl. Voß in Gruchot, Beitr. XXVI S. 283 ff., Wilm. Levy Anm. 1), nicht durch den Gläubiger nach Analogie von § 737 Abs. 2. [S. auch Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 251—253.]

Für Bayern s. AG. z. CPO. Art. 125, für Sachsen Ges. v. 4. März 1879 §§ 4 ff., für Württemberg AG. z. CPO. Art. 25 u. dazu Siebenhaar S. 679, Hellmann III S. 98, Gaupp III S. 307 ff., Sarwey II S. 213.

§ 732.

1) „Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können" — Welche Papiere hierher gehören, ergeben die Reichsgesetze (z. B. Art. 301, 302, 304 d. HGB.; vgl. ROHG. 21 S. 80) und die Landesgesetze. [Die „Blancoabtretung" der Grundschuld nach § 55 d. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 ist kein „Indossament" und macht das Papier ebensowenig zum Inhaberpapier (RG. IV S. 175); die Pfändung geschieht bei diesen lediglich nach den §§ 730, 731 (s. auch Voß in Gruchot, Beitr. XXVII S. 822, 1038, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert § 731 Anm. 2. A. M. Drache in Busch, Zeitschr. III S. 306 ff., welcher § 732 anwenden will).] An sich sind in § 732 zwar Geldforderungen vorausgesetzt; indessen kommt nach § 745 der § 732 auch bei der Pfändung von Konnossementen, Lagerscheinen usw. zur Anwendung.

Die vorerwähnten Papiere sind (wenn auch in geringerem Grade als die Papiere auf Inhaber, welche unter § 722 fallen) gewissermaßen Träger der Forderung (WO. Art. 36, 39, HGB. Art. 303, 305), da der Drittschuldner nur an den durch das Papier legitimirten Gläubiger zu zahlen verpflichtet ist. Die Form der Pfändung ist daher dieselbe, wie bei körperlichen Sachen (§ 712 Abs. 1). Die Besitznahme durch den Gerichtsvollzieher tritt an die Stelle der in § 730 Abs. 3 erwähnten Zustellung, soweit es auf die materielle Wirkung ankommt. Ist jene Besitznahme nicht möglich, so kann die Pfändung nicht geschehen. Der Gerichtsvollzieher handelt nicht im Auftrage des Vollstreckungsgerichts, sondern des Gläubigers, ohne daß es überhaupt eines Pfändungsbeschlusses bedarf [vgl. Sarwey II S. 214, Endemann III S. 245, Gaupp III S. 309, Kleiner III S. 158, Fitting § 89 Anm. 7 (welcher jedoch das Gericht für verpflichtet erklärt, auf Gesuch des Gläubigers einen Pfändungsbeschluß abzufassen), Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 82. A. M. Puchelt II S. 582]. Uebrigens wird der Gläubiger durch

§ 733. Das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge.

N. Entw. § 995. Entw. I. § 647. Entw. II. § 668. Entw. III. § 681. Mot. S. 433. Prot. S. 398.

---

die Pfändung eines in blanco indossirten Wechsels noch nicht Wechselgläubiger, was wegen der Einreden wichtig (obGerichtshof z. Wien in Seuffert, Arch. 37 Nr. 142).

Des Inhibitoriums an den Drittschuldner bedarf es hier überhaupt nicht (zustimmend Petersen § 732 Nr. 1, Gaupp III S. 309, Wilm. Levy Anm. 1). Die Erlassung eines Untersagungsgebots an den Schuldner (§ 730 Abs. 2) ist nicht vorgeschrieben, aber, wie die Mot. hervorheben, nicht ausgeschlossen. Dieselbe wird sich umsomehr empfehlen, als die entsprechende Anwendung des § 712 Abs. 3, obschon sachlich angemessen, doch nicht ausdrücklich (wie für Preußen durch die Gesch.-A. a. a. O.) vorgeschrieben ist. (So auch Sarwey II S. 214, Puchelt II S. 582, Gaupp a. a. O. A. M.: Kleiner III S. 157, Seuffert Anm. 2).

Die Anschlußpfändung erfolgt nach Analogie des § 727 (Seuffert Anm. 1 a. E., Puchelt II S. 582, 605, Hellwig a. a. O. S. 122, Petersen § 732 Nr. 1 a. E., Wilm.-Levy a. a. O. u. A. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 871, welcher die zweite Pfändung hier ganz ausschließt).

Uebrigens wird der Gerichtsvollzieher zur Pfändung von Wechseln ꝛc. nur bei ausdrücklicher Anweisung des Gläubigers, oder wenn andere genügende Pfandstücke nicht vorhanden sind, zu schreiten haben (s. Preuß. Gesch.-A. a. a. O.).

Von der Pfändung ist der Gläubiger unter abschriftlicher Mittheilung des Pfändungsprotokolls in Kenntniß zu setzen.

Die Verwerthung erfolgt, da in § 732 eine Ausnahme nicht gemacht ist, nach den §§ 736 ff., selbst wenn die Wechsel in blanco indossirt sind. [Die abweichende Ansicht v. Amsberg's (Prot. S. 400) ist nicht zu billigen (vgl. auch RG. in D. J. Ztg. 1883 S. 683, Seuffert Anm. 3, Sarwey a. a. O., Wilm. Levy a. a. O., Petersen § 732 Nr. 2, Gaupp III S. 310 u. A. A. M. Siebenhaar S. 682).] Vgl. jedoch wegen der Ausnahmen § 743 Anm. 2. An sich ist eine solche auch nicht für börsengängige (sog. „erste") Wechsel gemacht (vgl. R. Koch in Busch, Zeitschr. III S. 383, 384). Anders bei Konnossementen ꝛc. (§§ 746, 748). — Erst nach der Ueberweisung sind die Papiere dem Gläubiger auszuhändigen (s. Preuß. Gesch.-A. a. a. O. Abs. 7, 8). Dieser kann auf Grund des Wechsels und einer Ausfertigung des Ueberweisungsbeschlusses im Wechselprozesse klagen (s. RG. a. a. O.).

2) In Betreff der Namens-Aktien und anderer Papiere, welche gleichfalls durch Indossament übertragen werden können, aber keine Forderungs-Papiere sind (vgl. § 722 Anm. 1), gelten die §§ 722, 723. (So auch Gaupp III S. 292 II a. E., S. 309, Wilm. Levy a. a. O.)

3) Wegen der Gebühr des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 4 (in der neueren Fassung).

§ 733.

1) Nach den Mot. folgt dieser Grundsatz aus demjenigen des § 709 Abs. 3. In der That ist die Gehaltsforderung ꝛc. (s. § 749) als ein Ganzes aufzufassen, welches sich nur hinsichtlich der Erfüllung in Raten spaltet. Fälligkeit der Forderung ist nicht Voraussetzung der Pfändbarkeit (§ 743). Die Pfändung ergreift deshalb konsequent die Substanz des Rechts, nicht blos die einzelne fällige Leistung, vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältniß, aus welchem die periodischen Leistungen entspringen, im Wesentlichen dasselbe bleibt (vgl. § 734).

2) „Das Pfandrecht" — vgl. § 730 Anm. 1.

— „einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung" — z. B. vertragsmäßige Alimente, Altentheils-Bezüge, Leibrenten, die fortlaufenden Bezüge aus

§ 734. Durch die Pfändung eines Diensteinkommens wird auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner in Folge der Versetzung in ein anderes Amt, der Uebertragung eines neuen Amts oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat.

Diese Bestimmung findet auf den Fall der Aenderung des Dienstherrn keine Anwendung.

N. Entw. § 1011. Entw. I. § 661. Entw. II. § 669. Entw. III. § 682. Mot. § 433. Prot. S. 398.

§ 735. Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören.

N. Entw. § 993. Entw. I. § 648. Entw. II. § 670. Entw. III. § 683. Mot. S. 433. Prot. S. 398.

§ 736. Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe zu überweisen.

Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Die Bestimmungen des §. 730 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung.

N. Entw. §§ 991, 1006. Entw. I. § 649. Entw. II. § 671. Entw. III. S. 684. Mot. S. 433, 434. Prot. S. 398.

Reallasten usw. Es kommt immer darauf an, ob die Forderung als eine einheitliche aufzufassen ist (vgl. auch Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 311, Petersen §§ 733, 734 Nr. 1 rc.).

§ 734.

1) Abs. 1: „Diensteinkommens" — Was hierunter zu verstehen, s. in § 749 Abs. 1 Nr. 6, 8. Indessen gehört hierher auch das Einkommen aus einem dauernden Privatdienstverhältnisse („Dienstbezüge" — § 749 Abs. 3).

„Versetzung — Gehaltserhöhung" — Es sind dies Beispiele einer bloßen Modifikation des fortbestehenden Verhältnisses, auf welchem dem Wesen nach die Forderung beruht (vgl. § 733 Anm. 1). Auch für diesen Satz, durch welchen manche Zweifel beseitigt worden, beziehen sich die Mot. auf § 709 Abs. 3. Ebendarunter ist der Fall der Pensionirung zu begreifen; denn die Pension, wenngleich in § 749 Abs. 1 Nr. 8 neben dem „Diensteinkommen" besonders genannt, ist ein sich an denselben Dienst knüpfendes Einkommen (s. auch Petersen §§ 733, 734 Nr. 2, Sarwey II S. 215, Seuffert Anm., Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 312 u. A.). Nicht minder gehört umgekehrt hierher die Wiederanstellung eines in den Ruhestand Getretenen.

2) Abs. 2: „Aenderung des Dienstherrn" — d. h. desjenigen, welcher das Diensteinkommen zu zahlen verpflichtet ist. Hier liegt nicht mehr Identität des Verhältnisses vor, da die Person des Drittschuldners eine andere ist. Der Begriff paßt auch auf den Uebertritt aus dem Dienste eines Bundesstaats in den des Reichs, aus dem Reichs- oder Staatsdienst in den Kommunaldienst und umgekehrt.

§ 735.

Auch bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen ist hiernach die Verhandlung mit dem Schuldner für entbehrlich erklärt, weil es bedenklich erschien, Vorschriften aufzunehmen, welche demselben die Möglichkeit lassen, vor der Ausführung der Pfändung über die Forderung zu verfügen. Damit ist, wie die Mot. bemerken, nicht verboten, den Schuldner in geeigneten Fällen dennoch (nach der Pfändung) vor der Ueberweisung zu hören. Vgl. § 736 Anm. 2.

§ 736.

1) Wie in § 730 Abs. 1 von negativen, so ist hier von positiven Wirkungen des richterlichen Pfandrechts an Forderungen die Rede. Durch einen besonderen richterlichen Akt (die

„Ueberweisung") wird nämlich (in Anlehnung an die Vorschriften des preuß. Rechts — s. Anm. 3) die Legitimation des Gläubigers zur Einziehung der gepfändeten Forderung hergestellt [nicht bloß „konstatirt", wie Hellwig a. a. O. S. 115 ff. (s. auch Seuffert Anm. 5) in Widerspruch mit dem klaren Inhalt der §§ 736 Abs. 2 und 737, den Mot. und der historischen Entwickelung des Instituts auszuführen sucht]. Vgl. auch Mandry S. 343, 362 ff., Wilm.-Levy Anm. 1. Die Mot. bemerken:

„Durch die Fassung des Entwurfs ist die der Veräußerung körperlicher Sachen entsprechende Ueberweisung der gepfändeten Forderung von dem Akte der Pfändung getrennt gehalten, um letzteren ohne Einschränkung bei der Lehre vom Arreste (§ 810) verwerthen zu können. Der Sache nach brauchen beide Akte nicht getrennt zu geschehen. Die Ueberweisung als Akt der Zwangsvollstreckung entspricht der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis zur Einklagung einer verpfändeten Forderung. Es ist jedoch vermieden, dem Akte die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen und das aus demselben entstehende Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner anders, als in seinen Wirkungen zu bezeichnen."

Ohne die Ueberweisung darf der Drittschuldner nicht — an den Gerichtsvollzieher oder an den Gläubiger — zahlen. (A. M. Siebenhaar S. 681.) Anders in den Fällen der §§ 745—747.

Wie das formlose Ueberweisungsgesuch in dem Pfändungsgesuch (§ 730 Anm. 2) enthalten bzw. mit demselben verbunden sein kann, so kann auch die Ueberweisung selbst gleichzeitig mit den in § 730 Abs. 1 bezeichneten Verboten geschehen bzw. mit denselben verbunden werden, bleibt aber doch innerlich ihrer positiven Bedeutung nach von jenen getrennt. Die Pfändung bildet stets die nothwendige Voraussetzung der Ueberweisung. Im Falle des § 732 muß sie sogar zeitlich vorangehen.

2) Eine vorgängige Anhörung des Schuldners ist auch hier (vgl. § 735) nicht erfordert. Dieselbe würde — wie der Regierungs-Kommissar in der RTK. bemerkte — zu Weiterungen führen, welche mit der Gefahr doppelter Zahlung in keinem Verhältnisse stehen, zumal der von der Pfändung benachrichtigte Schuldner seine Einwendungen sofort vorbringen kann; sie ist aber nicht ausgeschlossen (vgl. § 735 Anm.).

3) Die Ueberweisung geschieht nach der Wahl des Gläubigers, entweder „zur Einziehung" [der Ueberweisung mit den Rechten „eines Assignatars" bzw. Ertheilung der Ermächtigung zur Einklagung nach den Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 (GS. S. 178) und v. 20. März 1854 (GS. S. 115) entsprechend] oder „an Zahlungsstatt zum Nennwerthe" [an Stelle der Zession nach § 6 des Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822].

Jene gewährt die einfache Einhebungs-Berechtigung einschließlich des Klagerechts (§§ 737, 740), wobei von der unpassenden Analogie der Assignation ganz abzusehen ist; der Gläubiger handelt als procurator in rem suam, während der Schuldner im übrigen Gläubiger bleibt. (So auch Francke in Busch, Zeitschr. V S. 212, Wilm. Levy Anm. 1, Mandry S. 362, Hellmann, Lehrb. S. 872, Förster (Eccius) I § 95 a E., Dernburg II § 52 Anm. 8. § 107 Anm. 8 u. A. A. M. Hellwig a. a. O. S. 106 ff.) Nur soweit dabei materielle Befriedigung erreicht wird, ist Tilgung der zur Zwangsvollstreckung stehenden Forderung die Folge. Zedirt der Gläubiger sein Recht aus der Ueberweisung (vgl. Entsch. d. preuß. OT. 4 S. 225), so kommt es darauf an, inwieweit der Zessionar materielle Befriedigung erlangt. Zu Nachlässen, Stundungsverträgen, Vergleichen mit Wirkung gegen den Schuldner (§ 77 kann hier nicht entscheiden) bzw. einseitiger Annahme eines Zwangsvergleichs im Konkurse ist der Gläubiger nicht befugt (vgl. obLG. f. Bayern in Busch, Zeitschr. IV S. 427 ff., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 38 Nr. 79, Wilm. Levy Anm. 1, Kroll, Klage u. Einr. S. 184). Der Gläubiger kann jederzeit auf die Einziehung verzichten (§ 742) und ein anderes Exekutionsmittel wählen. Dagegen darf er die Beitreibung nicht verzögern (§ 741). — Diese Wirkung („zur Einziehung") ist die regelmäßige und wird im Zweifel als gewollt anzunehmen sein. (Zustimmend Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 337, Wilm. Levy a. a. O. u. A.).

Will dagegen der Gläubiger die stärkere Wirkung der Ueberweisung an Zahlungsstatt, so muß er dies deutlich im Ueberweisungsgesuche ausdrücken. Dieselbe ist unzulässig in den Fällen der §§ 738, 745 bzw. § 748. Die nur vorläufige Vollstreckbarkeit des Schuldtitels steht ihr aber nicht entgegen.

Wegen des Uebergangs der Akzessorien s. § 741 Anm. 2.

Die Verpflichtung zur Streitverkündung ist beiden Arten gemeinsam (§ 740). Bei Ueberweisung einer in Streit befangenen Forderung findet § 236 Anwendung (vgl. § 236 Anm. 2).

Der gerichtliche Beschluß (vgl. Abs. 3) hat die eine oder die andere Wirkung bestimmt auszusprechen. Die Ueberweisung wird mit der Mittheilung (Aushändigung des Beschlusses) an den Gläubiger perfekt. Wegen der Zustellung an denselben, sowie an den Schuldner und Drittschuldner s. Anm. 8.

4) Die Ueberweisung an Zahlungsstatt [s. Windscheid, Pand. II § 342 Anm. 15, Förster (Eccius) I § 93 S. 673, Dernburg II § 82 S. 190, Hellwig a. a. O. S. 203 ff., Mandry S. 362 ff.] erfolgt stets nur „zum Nennwerthe" der überwiesenen Forderung.

„Gütliche Uebereinkunft der Parteien über andere Maßregeln wird dadurch nicht ausgeschlossen (Mot.).

Für Geldrenten besteht kein (Kapitals-) Nennwerth. Eine Uebereignung zum Ablösungswerth (Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 10) wird aber nach § 743 nicht unzulässig sein. Es können übrigens auch die einzelnen fällig werdenden Raten zum Nennwerthe überwiesen werden. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1.)

5) Der Gläubiger wird durch die Ueberweisung an Zahlungsstatt (rechtmäßiges) Subjekt (Eigenthümer, Gläubiger) der überwiesenen Forderung. Er kann dieselbe sogleich in beliebiger Weise verwerthen, sie früher oder später beitreiben, kurz ganz nach seinem Willen darüber verfügen.

Ob rückständige Zinsen, die der Gläubiger sich nicht übereignen lassen will, ausdrücklich vorzubehalten sind (Preuß. Ges. v. 1822 § 8), bestimmt sich nach der Lage des einzelnen Falles und dem bürgerlichen Rechte.

Die sofortige solutorische Wirkung dieser Art der Ueberweisung auf die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung wird in Abs. 2 besonders hervorgehoben. Dieselbe tritt aber nur ein, „soweit die" (überwiesene) „Forderung besteht"; d. h. der Schuldner haftet gewissermaßen (ohne daß eine Regreßklage erforderlich wäre, worüber Siebenhaar S. 681 Anm. * das Civilrecht entscheiden lassen will) für die Verität [vgl. Präj. des preuß. OT. 2012 v. 26. April 1848 (Präj.-Samml. I S. 345]. Soweit die Forderung nicht besteht, bleibt die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung ungetilgt; der Gläubiger kann also ein anderes Vollstreckungsmittel wählen (Seuffert Anm. 6 u. § 740 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 2, Puchelt II S. 587, Gaupp III S. 316, Hellwig a. a. O. S 208, Mandry S. 365, 366, jetzt auch Petersen §§ 736—738 III a. E. A. M. Sarwey II S. 218, welcher den Gläubiger auf den Evitionsanspruch an den Schuldner verweist). Wegen Ertheilung der erforderlichen neuen vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils s. § 669. Dem Schuldner bleibt überlassen, das Bestehen im Wege der Klage nach § 686 geltend zu machen. Erleichtert wird diese „Einwendung" durch die obligatorische Streitverkündung (§ 740).

Eine Haftung für Bonität (Exigibilität) — vgl. Preuß. ALR. I 11 §§ 427 ff. — findet hier nicht statt. Daher ist § 741 auf die Ueberweisung zur Einziehung beschränkt.

6) Sowohl bei der Ueberweisung zur Einziehung wie bei derjenigen an Zahlungsstatt kann der Drittschuldner dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den Schuldner bis zur Pfändung (§ 730 Abs. 3) rechtsgültig entstanden sind. Bei der letzteren äußert aber der Glaube des Grundbuchs (vgl. z. B. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 38 Abs. 2) seine gewöhnliche Wirkung dahin, daß der Gläubiger sich auf seinen guten Glauben an die

§ 737. Die Ueberweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderung vor-

---

Grund- (und Hypotheken-) Buchs-Einträge insoweit berufen kann, als dieses nach Landesrecht einem Zessionar gestattet ist, während bei der ersteren eine solche Berufung seitens des Gläubigers ohne Bedeutung ist. [So auch Plen.-Beschl. d. preuß. OT. (Entsch. 30 S. 408), Striethorst, Arch. 18 S. 68, RG. VII S. 238, VIII S. 377 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 287, Seuffert Anm. 5, 6, Sarwey II S. 217, Petersen §§ 736—738 II. A. M.: RG. X S. 253 u. in Gruchot XXVIII S. 1105, Achilles, D. preuß. Ges. über Grundeig. 3. Ausg. S. 242 Anm. 8, Geilin in Johow u. Küntzel, Jahrb. IV S. 354 ff., welche für beide Fälle den Glauben des Grundbuchs zu Gunsten des Gläubigers eintreten lassen.] Hinsichtlich der Einreden bei Wechseln usw. s. § 737 Anm. 1.

Ueber die Eintragung einer Ueberweisung an Zahlungsstatt in das Grundbuch vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 § 87 (s. § 737 Anm. 3). Die Ueberweisung zur Einziehung wird — abgesehen von der Pfändung (§ 731) — nach preuß. Recht nicht besonders eingetragen (vgl. Achilles a. a. O. S. 433).

7) Als selbstverständlich für beide Arten der Ueberweisung betrachten es die Mot., daß der Gläubiger, wenn die Ueberweisung sich nicht auf den ganzen Nennwerth der Forderung erstreckt, das Vorzugsrecht vor dem Ueberreste beanspruchen kann (Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 7, Nordd. Prot. S. 2039, 2040). Allerdings kann der Gläubiger jeden beliebigen Theil der Forderung zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen; aber er wird diesen Theil in dem Ueberweisungsgesuche bezeichnen, also jenes Vorzugsrecht ausdrücklich beanspruchen müssen; dasselbe ist demgemäß auch in dem Ueberweisungsbeschlusse auszudrücken. [So auch Sarwey II S. 219, Petersen §§ 736—738 I, Gaupp III S. 314, jetzt auch, zumal für die Ueberweisung von Hypothekenantheilen an Zahlungsstatt, Wilm. Levy Anm. 1, Mandry S. 364, 365.]

8) Abs. 3: Die Bestimmung lautet in den Entwürfen:

„Der Gläubiger hat dem Schuldner und dem Drittschuldner den Beschluß, welcher die Ueberweisung ausspricht, zustellen zu lassen".

Die jetzige Fassung rührt von der Redaktions-Kommission der RTK. her, welche von der letzteren mit einer dem zu § 730 Abs. 2 angenommenen Antrage (vgl. § 730 Anm. 4) entsprechenden Modifikation beauftragt worden war; s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 90 Abs. 6.

Der § 730 Abs. 3 ist nicht analog anzuwenden; dagegen spricht nicht allein das argumentum e contrario, sondern auch die bestimmte Vorschrift des § 737 Abs. 1, wonach die Ueberweisung, d. h. der dieselbe aussprechende richterliche Beschluß, die Erklärung des Schuldners, durch welche eine vertragsmäßige Ueberweisung vollendet wird, ersetzt (vgl. Windscheid, Pand. II § 330). Die Kenntniß des Drittschuldners, insbesondere die Zustellung an denselben, ist hier so unerheblich wie bei einer vertragsmäßigen datio in solutum; desgleichen die Kenntniß des Schuldners. Ebensowenig, wie auf die Zustellung an sie, kommt es auf die förmliche Zustellung an den Gläubiger an (s. Anm. 3), welche überhaupt nur im Falle der Zurückweisung des Gesuchs (wegen §§ 540 Abs. 2, 701) erforderlich ist (vgl. § 730 Anm. 2). [So auch Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 313, 317, Petersen §§ 736—738 III, H. Meyer, Die Zustellung der Beschlüsse usw. S. 56, Mandry S. 364, Hellwig a. a. O. S. 205 Anm. 413, v. Bülow Anm. 6, welcher Letztere jedoch die Wirkung auf den Tag des Erlasses zurückbezieht. A. M.: Sarwey II S. 219, Kleiner III S. 164, welche die Zustellung an den Gläubiger entscheiden lassen, u. Hellmann III S. 102, nach welchem es auf die Zustellung an den Drittschuldner ankommt.] Der Anwendung der Grundsätze von der Perfektion der Verträge steht entgegen, daß es sich hier um einen gerichtlichen Beschluß handelt

handenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden.

N Entw. §§ 996–998. Entw. I. § 650. Entw. II. § 672. Entw. III. § 685. Mot. S. 434. Prot. S. 399, 400.

§ 738. Ist in Gemäßheit des §. 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so findet die Ueberweisung gepfändeter Geldforderungen nur zur Einziehung und nur mit der Wirkung statt, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 368–370.

---

§ 737.

1) Abs. 1: „Die Ueberweisung" — sei es zur Einziehung oder an Zahlungsstatt. — „ersetzt — abhängig ist" — Die richterliche Verfügung tritt an die Stelle der Verfügung des Schuldners (vgl. § 736 Anm. 8). Der Nachdruck liegt auf den „förmlichen Erklärungen" (vgl. Hellwig a. a. O. S. 116). Unter diesen, welche (wie alle anderen Erklärungen des Schuldners) durch die Ueberweisung ersetzt werden, ist namentlich die Zession zu verstehen, nicht das (Voll-)Indossament, welches nach WO. Art. 82 u. HGB. Art. 303 Abs. 2 dem Gläubiger die Rechte des Schuldners unabhängig von allen Einreden des Drittschuldners aus der Person des Schuldners übertragen würde, und dessen Wirkungen mithin über die bloße „Berechtigung zur Einziehung" hinausgehen. Die in den Entwürfen enthaltenen Worte „insbesondere das Indossament des Schuldners" hinter „abhängig ist" sind aus dem angegebenen Grunde auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. gestrichen. Vgl. §§ 722–724, 743. Das Prokura-Indossament (WO. Art. 17) ist durch die neue Fassung nicht ausgeschlossen. Wird der Ueberweisungsbeschluß auf den Wechsel gesetzt, was zwar nicht nothwendig ist (s. Skonietzki in Gruchot, Beitr. XXIX S. 236 Anm. 44), aber sich in allen Fällen empfiehlt, so wird er ganz wie ein solches wirken (vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1883 S. 275, Siebenhaar S. 682, 683; Sarwey II S. 220, Petersen §§ 736–738 IV 1, Wilm. Levy Anm. 1 u. § 736 Anm. 1, Gaupp III S. 318. A. M. Endemann III S. 251).

Ueber die Zulässigkeit der Ueberweisung eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechts (§ 743) s. RG. VI S. 377; vgl. auch ROHG. 12 S. 77 und die dort in Anm. * angeführte Literatur.

2) Abs. 2: „eine nothwendige Ergänzung der Vollstreckung" (Mot.). Vgl. Preuß. AGO. I 24 § 101, Hann. PO. § 555. Die Urkunden als Zubehör der Forderung (vgl. Entsch. d. preuß. OT. 74 S. 37, Striethorst, Arch. 70 S. 312, 93 S. 142) sind auf Antrag des Gläubigers in dem Ueberweisungsbeschlusse, welcher als Vollstreckungstitel für diese Zwangsvollstreckung genügt (so auch OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 41 Nr. 317, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Endemann III S. 252), oder nachträglich in einem besonderen, nach § 702 Nr. 3 vollstreckbaren Beschlusse zu bezeichnen, wenn die Zwangsvollstreckung zulässig sein soll (vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 91 Abs. 2). Auf die „Zwangsvollstreckung" finden die Vorschriften des § 769 Anwendung. Gegen einen dritten Inhaber der Urkunde muß erst auf Grund des Beschlusses auf Herausgabe geklagt werden (vgl. §§ 745 ff.; zustimmend Hellmann III S. 105 u. Lehrb. S. 873, Kleiner III S. 167). Eine besondere Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf Herausgabe ist nicht erforderlich, wohl aber nach § 671 eine vorgängige oder gleichzeitige Zustellung des Ueberweisungs- bzw. besonderen Beschlusses (s. Petersen a. a. O., Gaupp III S. 319, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2 a. E.).

3) Nach dem Preuß. AG. z. CPO. § 16 Abs. 2 ersetzt die Ueberweisung einer im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragenen Geldforderung an Zahlungsstatt die Bewilligung des Schuldners zur Eintragung der Abtretung. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 253, Dernburg I S. 801 Anm. 23.) Wegen des preuß. Staatsschuldbuchs s. Ges. v. 20. Juli 1883 § 7 Abs. 4 (GS. S. 120).

§ 738.

1) Die Bestimmung ist auf Antrag des Abg. Wolffson von der RTK. zum Schutze des

§ 739. Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner binnen zwei Wochen, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, dem Gläubiger zu erklären:

1. ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;
2. ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;
3. ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

Die Aufforderung zur Abgabe dieser Erklärungen muß in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.

Die Erklärungen des Drittschuldners können bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb der im ersten Absatze bestimmten Frist an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Im ersteren Falle sind dieselben in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und von dem Drittschuldner zu unterschreiben.

N. Entw. § 1002. Entw. I. § 653. Entw. II. § 673. Entw. III. § 686. Mot. S. 434, 435. Prot. S. 400.

Schuldners eingeschaltet. Die Zwangsvollstreckung wird hier nur darauf gerichtet, dem Gläubiger die Sicherheit zu gewähren, nicht auf seine definitive Befriedigung, weil er vielleicht später zur Rückerstattung nicht im Stande ist. Vgl. §§ 659, 716 Abs. 2, 720.

2) — „nur zur Einziehung — hinterlege" — Die Ueberweisung an Zahlungsstatt (§ 736) findet hier nicht statt. Die Zahlung kann ferner bei der Einziehung bezw. Einklagung nur zur Hinterlegung verlangt werden. Diese Einschränkung ist in dem Ueberweisungsbeschlusse auszudrücken. Vgl. § 659. Die Wirkung der Hinterlegung bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht (vgl. § 709 Anm. 6).

§ 739.

1) Abs. 1: Zur Vermeidung unnützer Prozesse ist hier auf der Grundlage der allgemeinen Zeugnißpflicht eine Verpflichtung des Drittschuldners zur Auskunftsertheilung eingeführt, welche den Gläubiger über die Rechtslage der gepfändeten Forderung unterrichten und ihm die Unterlagen für sein ferneres Verhalten hinsichtlich derselben (vgl. §§ 736, 740—743) an die Hand geben soll.

2) — „binnen zwei Wochen von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet" — nämlich von der Zustellung an den Drittschuldner (§ 730 Abs. 3). Vgl. Abs. 2.

3) Nr. 1: Das Anerkenntniß hat nicht die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses oder Anerkenntnisses (§§ 261, 278, 648 Nr. 1). Seine Wirkung ist nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen.

Nr. 2: Die Bestimmung ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. hinzugefügt. Der Gläubiger hat ein Interesse zu wissen, ob Personen vorhanden sind, gegen welche er unter Umständen (vgl. § 72) direkt auftreten muß. Ein früherer Zessionar geht ihm nach allgemeinen Grundsätzen vor (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 107).

Nr. 3: Ist dies der Fall, so gehen die „anderen Gläubiger" dem Exekutionssucher vor. Vgl. §§ 730 Anm. 1, 750 ff., 810 Anm. 2.

4) Abs. 2: In Satz 1 wird die Form bestimmt, in welcher das „Verlangen des Gläubigers" (Abs. 1) sich kundzugeben hat. Derselbe hat den Gerichtsvollzieher bezw. den Gerichtsschreiber entsprechend zu instruiren, welcher letztere weiter den Gerichtsvollzieher instruirt. Der Gerichtsvollzieher hat die Aufforderung bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses zu erlassen und dies in der Zustellungsurkunde zu bemerken. Der Postbote darf die Aufforderung nicht erlassen; auch genügt es nicht, daß vom Gerichtsvollzieher die Aufforderung in das Ersuchen an die Post (§ 177) aufgenommen wird; vielmehr ist hier die Zustellung durch die Post überhaupt unanwendbar. (S. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 90 Abs. 1. Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1,

§ 740. Der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, ist verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

N. Entw. § 1005. Entw. I. § 655. Entw. II. § 674. Entw. III. § 687. Mot. S. 435. Prot. S. 401, 407.

Seuffert, Anm. 4, Petersen §§ 739—742 I 1.) Bei der Zustellung im Auslande erfolgt die Aufforderung durch Vermittelung des Gerichtsvorsitzenden (vgl. §§ 182, 185; Puchelt II S. 590, Dorendorf, Arrest S. 96. A. M. Wilm. Levy a. a. O., welche die Zustellung für unausführbar halten). Bestellt die ausländische Behörde die Aufforderung nicht, weil sie dazu nicht verpflichtet ist, so ist die Aufforderung freilich unwirksam (vgl. Gaupp III S. 320, Seuffert a. a. O.). Wegen der öffentlichen Zustellung s. § 730 Anm. 6.

5) Das in Satz 2 an die Nichterklärung geknüpfte Präjudiz, welches zugleich eine Verhandlung vor Gericht entbehrlich macht, ist milder als das des Code de proc. art. 577, welcher die Feststellung der Schuld androht. Der Schaden wird vorzugsweise in den Kosten eines unnützer Weise angestrengten Prozesses bestehen. Er kann aber auch weiter gehen, z. B. wenn der Gläubiger von anderen Zwangsvollstreckungsmitteln abgesehen hat.

6) Abs. 3: Die Benutzung der Zustellungsurkunde empfiehlt sich schon der Kostenersparniß wegen. Erfolgt die Erklärung nachträglich, wenngleich innerhalb der Frist des Abs. 1 (nach deren Ablauf der Gerichtsvollzieher zur Entgegennahme der Erklärung nicht mehr verpflichtet ist), so muß der Drittschuldner auch dem Gerichtsvollzieher, welcher alsdann die Zustellung an den Gläubiger besorgt, die Gebühr hierfür entrichten. Uebrigens ist nicht ausgeschlossen, daß der Drittschuldner statt des Gerichtsvollziehers die Vermittelung des Gerichtsschreibers nach § 152 Abs. 2 in Anspruch nimmt oder dem Gläubiger die Erklärung unmittelbar durch die Post oder durch einen Boten innerhalb der zweiwöchigen Frist übermittelt, wobei er sich freilich Zweifeln an der Authentizität aussetzt. (So auch Petersen §§ 739—742 I 2, Wilm. Levy Anm. 6, Endemann III S. 255 ꝛc.) Eine bloß mündliche Erklärung wird aber nicht genügen (Gaupp III S. 321, Petersen a. a. O. A. M. Kleiner III S. 168). Für die Aufnahme der Erklärungen (s. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 90 Abs. 2) selbst werden dem Gerichtsvollzieher Schreibgebühren vergütet (GO. f. GV. § 14 Nr. 3).

§ 740.

1) „Der Gläubiger — einklagt" — sowohl der, welchem die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen ist, als der, welcher sie nur zur Einziehung übernommen hat. Auch bei jener hat der Schuldner, wie die Mot. bemerken, das Interesse, nicht erst in dem etwaigen Regreßprozesse dem Gläubiger gegenüber die Existenz der Schuld nachweisen zu müssen. Indessen kann nur uneigentlich von einem Regreßprozesse des Gläubigers gegen den Schuldner die Rede sein (s. bezüglich der Ueberweisung an Zahlungsstatt § 736 Anm. 5, auch Seuffert Anm. 1, Gaupp III S. 322, Kleiner III S. 171 u. A.).

2) — „ist verpflichtet — Streit zu verkünden" — vgl. §§ 69 ff. Ueber die Folgen der Unterlassung ist auch hier nichts bestimmt. Sie ergeben sich aus dem Zwecke der Streitverkündung (vgl. §§ 65, 71). Der Gläubiger setzt sich — wie der Käufer bei der Unterlassung im Falle der Eviktion — der exceptio mali processus seitens des Schuldners aus, welche ihm hier bei Fortsetzung der Zwangsvollstreckung entgegengestellt werden kann und nach Maßgabe des § 686 in der Form der Klage auf Schadensersatz, z. B. behufs Kompensation mit der zur Vollstreckung stehenden Forderung (vgl. § 741 Anm. 1), bzw. (bei der Ueberweisung an Zahlungsstatt) als Geltendmachung der trotz der Abweisung erfolgten Befriedigung des Gläubigers, eventuell der condictio indebiti auftritt (s. § 736 Anm. 5, Seuffert, Anm. 2, Sarwey II S. 224, Hellmann III S. 107, Gaupp III S. 323, 324, Kleiner III S. 171, 172 u. A.) Der Drittschuldner kann aus der Unterlassung keinen Einwand ableiten [vgl. Präj. des preuß. OT. 2525 v. 8. Juni 1854 (Entsch. 28 S. 219); Koch, Preuß. Prozeßordn. S. 726 Anm. 64a].

3) — „sofern nicht — erforderlich wird" — Wegen der Schwierigkeiten der gericht-

§ 741. Der Gläubiger, welcher die Beitreibung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung verzögert, haftet dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden.

N. Entw. § 1000. Entw. I. § 651. Entw. II. § 675. Entw. III. § 688. Mot. S. 435. Prot. S. 401, 402.

---

lichen Streitverkündung in diesen Fällen ist der Gläubiger von der betreffenden Verpflichtung entbunden (vgl. §§ 182—189). Indessen kann dies doch nur die Folge haben, daß die Nachtheile unterlassener Streitverkündung dem Gläubiger nicht entgegengesetzt werden können, nicht aber die, daß die positiven Wirkungen der geschehenen Streitverkündung eintreten, der Gläubiger also für schlechte Prozeßführung nicht einzustehen hat. Daher wurde es auch in der RTK. bestritten, daß das Urtheil in den betreffenden Fällen dem Schuldner gegenüber präjudizire; der Vertreter der Reichsregierung bejahte freilich die Frage, da der Gläubiger alles gethan habe, was das Gesetz vorschreibt. Vgl. § 730 Anm. 5. (So auch Puchelt II S. 591, Hellmann III S. 108, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert, Anm. 2. A. M.: früh. Aufl., Petersen §§ 739—742 II 2, Sarwey II S. 225, Gaupp III S. 224, Kleiner III S. 172.)

4) In dem Prozesse handelt der Kläger nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen (vgl. § 741 Anm. 1). Die Stellung des beitretenden Schuldners ist die des Nebenintervenienten (§ 71). Da das ergehende Erkenntniß aber dem Schuldner (als eigentlichem Subjekt der Forderung bzw. als Rechtsvorgänger) gegenüber materiell wirksam ist (Hann. PO. § 556 Abs. 5, Petersen a. a. O., Fitting § 89 Anm. 17, Gaupp III S. 323, 324. A. M. Siebenhaar S. 685), so ist dieser als Streitgenosse des Gläubigers zu behandeln (vgl. § 66 Anm. 1). Vgl. auch § 753. Zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich ist der klagende Gläubiger bei bloßer Ueberweisung zur Einziehung nicht befugt (§ 736 Anm. 3, Petersen §§ 736—738 II a. E., Dorendorf, Arrest S. 117, Preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 5. A. M.: früh. Aufl., Puchelt II S. 586).

5) Hinsichtlich der Kosten, welche zu denen der Zwangsvollstreckung (§ 697) gehören, entscheidet der Grundsatz des § 87. (So auch Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 224, Gaupp a. a. O. u. A. A. M.: Siebenhaar S. 685 und Endemann III S. 256, welche dem Gläubiger die Kosten des verlorenen Prozesses oder der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in jedem Falle zur Last legen wollen.) Vgl. §§ 697 Anm. 1, 742 Anm. 1.

§ 741.

1) Die CPO. hebt hier eine einzelne Konsequenz der Stellung des Gläubigers, welchem eine Forderung „zur Einziehung" überwiesen ist, als procurator in rem suam bzw. der ihm in dieser Stellung obliegenden Diligenz hervor. Wie er für die Folgen einer dolosen oder kulposen Prozeßführung würde haften müssen, soweit der Schuldner dabei nicht selbst in culpa ist (vgl. § 740 Anm. 2; so auch ROHG. 21 S. 38), so haftet er auch für die Folgen einer (schuldbaren) Verzögerung des Prozesses einschließlich der Zwangsvollstreckung („Beitreibung") überhaupt (Bad. PO. § 913; s. auch RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 304). Das preuß. Recht gelangte zu demselben Resultate durch Bezeichnung des Gläubigers als Assignatar (§ 736 Anm. 3; vgl. ALR. I 16 § 286, Nordd. Prot. S. 2044). [Legislatorische Einwendungen gegen § 741 erhebt Hellwig a. a. O. S. 242 ff. — nicht ohne Belang.] Der Anspruch aus § 741 ist einer neuen Zwangsvollstreckung gegenüber als Kompensationseinwand nach § 686 mittels Klage geltend zu machen. Vgl. § 740 Anm. 2.

Wegen der Ueberweisung an Zahlungsstatt s. § 736 Anm. 5 a. E.

2) Der Schuldner hat neben dem Gläubiger kein eigenes Klagerecht. In der RTK. herrschte darüber Meinungsverschiedenheit. Indessen ist ein Antrag, statt § 741 zu setzen:

„Ist dem Gläubiger eine Forderung zur Einziehung überwiesen, so steht dem Schuldner ein selbständiges Klagerecht gegen den Drittschuldner auf Bezahlung des schuldigen Betrages an den Gläubiger oder auf Hinterlegung zu",

§ 742. Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Die Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen.

N. Entw. § 1001. Entw. I. § 652. Entw. II. § 676. Entw. III. § 689. Mot. S. 435. Prot. S. 402.

§ 743. Ist die gepfändete Forderung eine bedingte oder eine betagte, oder ist ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden, so kann das Gericht auf Antrag an Stelle der Ueberweisung eine andere Art der Verwerthung anordnen.

Vor dem Beschlusse, durch welchen dem Antrage stattgegeben wird, ist der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

N. Entw. § 1003. Entw. I. 654. Entw. II. § 677. Entw. III. § 690. Mot. S. 435. Prot. S. 402, 572.

---

von der RTK. abgelehnt. Ebensowenig kann der Schuldner den Gläubiger zur Einklagung nöthigen (vgl. auch Siebenhaar S. 685, Wilm. Levy Anm. 1).

Ob die Pfandklage und die Klage gegen den Bürgen von selbst mit überwiesen sind, ist nicht allgemein zu bejahen (s. Sarwey II S. 225, Kleiner III S. 163), sondern beantwortet sich nach dem bürgerlichen Recht.

§ 742.

1) Da die Ueberweisung zur Einziehung nicht wie die Ueberweisung an Zahlungsstatt eine sofortige Befriedigung des Gläubigers enthält, so kann Letzterer (wie auch die Mot. hervorheben) diesen wie jeden anderen Exekutionsmodus jederzeit nachträglich fallen lassen, um zu einem anderen überzugehen. Auch ein Verzicht auf die Ueberweisung unter Aufrechterhaltung der durch die Pfändung begründeten Rechte ist zulässig. (So auch Wilm. Levy Anm. 2 a. E. A. M. Seuffert Anm. 1.) Inwieweit der verzichtende Gläubiger die Kosten zu tragen hat, beantwortet sich, wie die Mot. gleichfalls bemerken, nach § 87. (So auch RG. XV S. 409, Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 227, Wilm. Levy Anm. 2 u. A. A. M. Siebenhaar S. 686.) Vgl. §§ 697 Anm. 1, 740 Anm. 5.

2) — „durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung" — Dieselbe muß hiernach schriftlich sein. Einer Rückübertragung des Rechts aus der Ueberweisung bedarf es nicht (vgl. Nordd. Prot. S. 2044). Anders als in § 730 Abs. 3 ist hier die Zustellung an den Schuldner (vgl. §§ 152 ff.) der entscheidende Akt. Die Benachrichtigung des Drittschuldners (Satz 3) ist nur instruktionell.

§ 743.

1) Forderungen der hier bezeichneten Art, z. B. Forderungen aus zweiseitigen Verträgen vor erfolgter Vorleistung bzw. Gegenleistung, sind an sich zur Ueberweisung geeignet (anders § 1 des in § 749 Nr. 1 angeführten Reichsgesetzes, ein Grundsatz, welcher jedoch in § 4 Nr. 1 u. 4 das. eingeschränkt wird; vgl. auch § 628 Abs. 2), was nach den Landesrechten nicht unstreitig war (vgl. z. B. Koch, Preuß. Proz.-Ordn. S. 712 Anm. 61, 62). Wegen der sich dabei ergebenden Schwierigkeiten der Einziehung kann jedoch das Vollstreckungsgericht, ähnlich wie nach § 726, auf Antrag eine andere Art der Verwerthung anordnen.

2) Abs. 1: — „die gepfändete" — von der Redaktionskommission der RTK. statt „die zur Einziehung überwiesene" gesetzt. Die Anordnung kann also schon vor der Ueberweisung zur Einziehung geschehen, aber auch nachher. (Ohne Grund fordert Puchelt II S. 594 vorgängigen Verzicht auf die durch die Ueberweisung erlangten Rechte.) Nach der Ueberweisung an Zahlungsstatt ist sie nicht mehr zulässig.

— „aus anderen Gründen" — Die Schwierigkeit braucht nicht nothwendig in der Beschaffenheit der Forderung ihren Grund zu haben, sondern kann auch in nachfolgenden zufälligen Umständen liegen, z. B. dem Konkurse des Drittschuldners.

§ 744. Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§. 810), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist.

N. Entw. § 1004. Entw. I. — Entw. II. § 678. Entw. III. § 691. Mot. S. 435. Prot. S. 402.

— „auf Antrag" — sei es des Gläubigers, welcher an sich sofortige Befriedigung beanspruchen darf, oder des Schuldners. Der bloße Arrestgläubiger ist zu dem Antrage nicht befugt (vgl. § 810 Anm. 2).

— „eine andere Art der Verwerthung" — z. B. Verkauf zum marktgängigen Preise (vgl. Nordd. Prot. S. 2045, Hellwig a. a. O. S. 209, 210, Mandry S. 343), was namentlich in den Fällen des § 732, z. B. für börsengängige (sog. „erste") Wechsel, insbesondere auf das Ausland, empfehlenswerth sein kann, da diese einen Börsenkurs haben, ferner Diskontirung des Wechsels, Versteigerung an den Meistbietenden nach Analogie der §§ 716 ff. (Preuß. KO. § 275, Bad. PO. § 915). Vgl. auch § 754 u. KO. § 121 Nr. 2. [Gemeinrechtlich ist trotz L. 15 § 10 D. de re jud. (42, 1) die Verkaufsbefugniß beim Forderungspfande neuerdings namentlich von Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 104, bestritten. Vgl. jedoch Marcus, Die Verpfändung ausstehender Forderungen (1876) S. 31 ff. Für das richterliche Pfand werden derartige Kontroversen dadurch erledigt, daß dem Gericht jede andere Art der Verwerthung anzuordnen gestattet ist.]

Die Ausführung wird dem Gerichtsvollzieher zu übertragen sein (wegen der Gebühr desselben s. GO. f. GV. § 7); jedoch kann das Vollstreckungsgericht auch eine andere Person bestimmen (vgl. § 726, Sarwey II S. 228, Siebenhaar S. 687, Gaupp III S. 327 u. A.).

3) Abs. 2: — „der Gegner" — d. h. der Gläubiger bzw. Schuldner, nicht der Drittschuldner. Mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich. Der nicht verkündete Beschluß ist den Parteien von Amtswegen zuzustellen, nach erfolgter Ueberweisung zur Einziehung auch dem Drittschuldner. (Vgl. auch Gaupp III S. 327, Wilm. Levy Anm. 4. A. M. v. Bülow Anm. 3.) Wegen der sofortigen Beschwerde s. § 701.

— „sofern — wird" — Wegen dieser Ausnahmen vgl. §§ 730 Abs. 2, 740. Wie im Falle des § 740 ist hier, wenn die Zustellung im Auslande erfolgen müßte, auch eine Aufgabe zur Post (wie nach § 730 Abs. 2) nicht erforderlich.

§ 744.

1) Die Vorschrift ist dazu bestimmt, die für den Gläubiger mit der Nothwendigkeit einer gerichtlichen Pfändung verbundenen Nachtheile zu mindern. Weil sich der Pfändungsbeschluß, welcher auch zur Vollziehung des Sicherheitsarrestes erforderlich ist (§ 810), und dessen Zustellung (§ 730 Abs. 2, 3) möglicherweise verzögert, wird hier (nach dem Vorgange des N. E.) eine vorläufige Privatpfändung durch den Gerichtsvollzieher mit den Wirkungen des Sicherheitsarrestes gestattet. Die rechtzeitig nachgeholte gerichtliche Pfändung wirkt alsdann ex tunc (vgl. § 810 Abs. 1).

2) Abs. 1: „Schon vor der Pfändung" — z. B. sogleich wenn der Gerichtsvollzieher bei der Mobiliarpfändung (§ 712) Papiere über Forderungen vorfindet, oder wenn der Schuldner selbst das Vorhandensein von Aktivforderungen anzeigt. Die Benachrichtigung setzt die Zustellung des § 671 nicht voraus (Francke in Busch, Zeitschr. X S. 118 ff.).

— „auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels" — Diese Worte sind von der

§ 745. Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt nach den Vorschriften der §§. 730—744 unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen.

N. Entw. § 1007. Entw. I. § 656. Entw. II. § 679. Entw. III. § 692. Mot. S. 436. Prot. S. 403.

RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann eingeschaltet, obwohl sie der Vertreter der Reichsregierung für selbstverständlich erklärte. Vgl. §§ 644, 702, 703, 706. Ob darunter auch „Arrestbefehle" (§§ 808, 809) fallen, welche in §§ 648, 702 u. 703 unter den vollstreckbaren Schuldtiteln nicht aufgeführt sind (vgl. § 648 Anm. 6 a. E.), ist zweifelhaft. Die Aeußerung v. Amsberg's in der RTK. (Prot. S. 402) spricht für die Verneinung. Indessen verdient die bejahende Ansicht doch den Vorzug, da der Arrestbefehl ganz allgemein gehalten sein kann und die davon nothwendig getrennte Pfändung (Vollziehung) möglicherweise erst längere Zeit später nachfolgt (vgl. § 808 Anm. 1). [So auch RG. VIII S. 433, Petersen § 744 Nr. 1, Wilm.-Levy Anm. 1, Gaupp III S. 328, Francke in Bödiker, Mag. II S. 151, Merkel, Arrest u. einstweil. Verf. S. 162, 163, Hellwig a. a. O. S. 123 Anm. 245, Peters, Arrest u. einstw. Verf. S. 52, jetzt auch im Resultate Seuffert Anm. 1. A. M.: früh. Aufl., Tränkner in Busch, Zeitschr. VI S. 204, 205; vgl. auch Sarwey II S. 229 Anm. 1.] Der Gerichtsvollzieher hat nicht zu prüfen, ob dem Auftraggeber ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht (s. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 93); ist letzteres nicht der Fall, so tritt die in Abs. 2 bezeichnete Wirkung nicht ein.

Die „Benachrichtigung" muß die Forderung bezeichnen. Dieselbe ist mit der „Aufforderung" an den Drittschuldner zu verbinden, welchem beglaubigte Abschrift des Schriftstücks zu übergeben ist (§ 156).

Der Inhalt der in Abs. 1 vorgesehenen Aufforderungen ist derselbe, wie der des gerichtlichen Arrest- und Untersagungsgebots (§ 730 Abs. 1). Bei den in § 732 bezeichneten Papieren wird freilich die Wirkung der Pfändung nur bei gleichzeitiger Wegnahme des Papiers durch den Gerichtsvollzieher zu erreichen sein; § 744 ist also hier überhaupt bedeutungslos (vgl. Sarwey II S. 229, Puchelt II S. 595, Seuffert Anm. 4, Gaupp III S. 329, Hellwig a. a. O. S. 123 u. A. A. M.: Petersen § 744 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 2).

3) Abs. 2: Die Worte „an den Drittschuldner" sind von der Redaktions-Kommission der RTK. hinzugefügt; sie stehen im Einklang mit § 730 Abs. 3 (EG. z. KO. § 15 Nr. 1). Erforderlich ist förmliche Zustellung (vgl. auch Planck, Lehrb. I S. 142 Anm. 64). Die „Benachrichtigung" mit der „Aufforderung" an den Schuldner ist nur instruktionell; sie kann nachfolgen oder auch ganz unterbleiben. (So auch RG. VIII S. 417.) Für die „Wirkung eines Arrestes" (§ 810), d. h. eines durch Pfändung vollzogenen Arrestes — welche auch die Klage des Schuldners oder dessen Rechtsnachfolgers ausschließt — ist die „Benachrichtigung" an den Drittschuldner allein entscheidend. Ja, es ist nicht einmal dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber (wie in § 730 Abs. 2) eine direkte Verpflichtung in Betreff jener Zustellung an den Schuldner auferlegt (vgl. jedoch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 93). In Folge dessen konnten in Satz 2 die Worte „dem Drittschuldner" hinter „Benachrichtigung" als selbstverständlich gestrichen werden. Die dreiwöchige Frist, binnen welcher die gerichtliche Pfändung (§ 730) nachgeholt werden muß, ist präklusivisch. Eine Verlängerung oder Abkürzung nach § 202 Abs. 2 ist nicht zulässig (s. auch Wilm. Levy Anm. 4). Ist dieselbe fruchtlos verstrichen, so erlöschen alle Wirkungen der „Benachrichtigung" von selbst (§§ 208, 209). [Vgl. auch Gaupp III S. 329. A. M. Endemann III S. 261 in Betreff des Drittschuldners.] Bricht Konkurs innerhalb der Frist aus und ist deshalb die Einzelpfändung nicht mehr möglich, so wird dadurch in jener resolutorischen Wirkung nichts geändert. (So auch Seuffert Anm. 3, Wilm.-Levy Anm. 4, Küntzel in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 279. A. M. v. Völderndorff in Busch, Zeitschr. VI S. 168 ff.)

Pfändungen der Forderung, welche während des Laufs der dreiwöchigen Frist von anderen

§ 746. Bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei.

Auf die Verwerthung der Sache finden die Vorschriften über die Verwerthung gepfändeter Sachen Anwendung.

N. Entw. § 1008. Entw. I. § 657. Entw. II. § 680. Entw. III. § 693. Mot. S. 436. Prot. S. 403.

Gläubigern erwirkt werden, gelten als Anschlußpfändungen, werden aber nach unbenutztem Ablauf der Frist als solche hinfällig.

§ 745.

Literatur zu den §§ 745—748: Dorendorf, Arrest S. 102 ff.

1) — „die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen" — beweglicher oder unbeweglicher, zum Unterschiede von Rechten (unkörperlichen Sachen — § 754) und von „Geld" (§§ 730—744), sofern dies nicht etwa als species beansprucht wird, wie bei einem abgesondert aufbewahrten und in natura herauszugebenden Gelddepositum, welches ohne Schwierigkeit nach §§ 746, 716 Abs. 2 zu behandeln ist (vgl. Preuß. ALR. I 14 § 84, 15 §§ 45, 46; Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 745—748 I 1, Gaupp III S. 330, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 1). Anders die bloße Sortenschuld; diese bleibt Geldschuld (vgl. § 716 Anm. 2. A. M. anscheinend Kleiner III S. 179). „Herausgabe" deutet auf individuell bestimmte (§ 769), „Leistung" auf generisch bestimmte Sachen (§ 770), z. B. naturale Präſtationen. Selbstverständlich muß es sich um ein dare, tradere oder restituere, nicht blos um ein exhibere oder edere handeln. Ob die Sachen dem Schuldner „eigenthümlich gehören" (vgl. Preuß. Ges. v. 20. März 1854 § 18), ist unerheblich. Vgl. übrigens § 754.

Ist der Dritte, welcher Sachen des Schuldners im Gewahrsam hat, zur Herausgabe nicht bereit, so bleibt eben nur die Pfändung nach § 745 übrig (vgl. § 713; RG. XIV S. 365, OLG. München in Busch, Zeitschr. III S. 166).

2) Die „Ansprüche" (§§ 136, 137 Anm. 2) der hier bezeichneten Art, gleichviel, ob obligatorischen oder dinglichen Ursprungs, haben hinsichtlich der Zwangsvollstreckung die Eigenthümlichkeit, daß ihre Einziehung nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers führen kann. An die Pfändung, mit welcher hier stets die positive Anordnung der Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher bzw. Sequester verbunden ist (vgl. §§ 746, 747), schließt sich daher nach freiwilliger oder erzwungener Befolgung der Anordnung die weitere Zwangsvollstreckung in den Gegenstand des Anspruchs. Vgl. auch § 772.

3) — „der nachfolgenden Bestimmungen" — nämlich der §§ 746—748, 751—753.

Wegen Anwendung der §§ 743, 746 f. RG. VI S. 377.

4) Wegen der Gebühren f. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

§ 746.

Literatur: Francke in Busch, Zeitschr. X S. 109 ff.

1) Abs. 1: Die Anordnung, welche zur Vollstreckung in den Gegenstand des Anspruchs führt (vgl. § 745 Anm. 2), ist von dem Vollstreckungsgericht (§ 729 Abs. 2) an den Drittschuldner zu erlassen und diesem wie dem Schuldner nach § 730 Abs. 2, 3 zuzustellen. Der vom Gläubiger zu beauftragende Gerichtsvollzieher braucht in der Anordnung noch nicht bezeichnet zu sein. Der Auftrag kann mit dem Auftrage zur Zustellung (§ 730 Abs. 2) verbunden oder auch noch später besonders ertheilt werden (vgl. § 751 Anm. 2). Solange dies nicht geschehen, ist nicht actio nata (Anm. 3). Ist für mehrere Gläubiger gepfändet, so ersetzt unter Umständen gerichtliche Ernennung den Auftrag (§ 751 Abs. 1). Der Gerichtsvollzieher tritt, was die Empfangslegitimation betrifft, an Stelle des Schuldners (§§ 675, 716 Abs. 2).

An sich ist der Gegenstand des Anspruchs nicht ohne Weiteres vermöge der Pfändung des

§ 747. Bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei.

Die Zwangsvollstreckung in die herausgegebene Sache wird nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt.

N. Entw. § 1009. Entw. I. § 658. Entw. II. § 681. Entw. III. § 694. Mot. S. 436. Prot. S. 403.

Anspruchs (wie Puchelt II S. 597 meint) dem Pfandrechte des Gläubigers unterworfen. Welches Recht er an demselben hat, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht und entscheidet sich erst mit der freiwilligen oder erzwungenen (s. Anm. 2) Herausgabe. Nach gem. u. preuß. R. entsteht damit ein Pfandrecht an der Sache (vgl. Windscheid, Pand. I § 239 Anm. 12, Preuß. ALR. I, 20 § 290). [So auch RG. XIII S. 343, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2, Mandry S. 343, Kleiner III S. 180, Rassow in Gruchot, Beitr. XXIX S. 136. Abweichend Hellwig a. a. O. S. 197, welcher auch die Sachen nicht in das Pfandrecht, sondern in das Eigenthum des Gläubigers übergehen läßt (S. 202).] Freilich bestimmt sich die Rangordnung nach dem Zeitpunkt der Pfändung (s. § 751 Abs. 2; vgl. auch Preuß. AG. z. CPO. § 17 Abs. 2; Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 92 Abs. 5; Sarwey II S. 231, Gaupp III S. 332, Hellwig a. a. O. S. 198, Seuffert a. a. O. u. A.); sonstigen Pfandrechten aber, die vor der Herausgabe erworben waren, geht jenes Pfandrecht nicht vor (RG. XIII S. 343).

Bei Ansprüchen aus indossablen Papieren (Konnossementen usw.) ist die Anordnung nur wirksam, wenn die Besitznahme des Papiers erfolgt ist (§ 732). Sie kann aber auch schon vor dieser erlassen und zugestellt werden und bedarf keines besonderen Antrags [vergl. auch Wilm. Levy a. a. O., Hellmann III S. 112. A. M.: Seuffert Anm. 1, Gaupp III S. 331].

2) Genügt der Drittschuldner der Aufforderung nicht, was der Gerichtsvollzieher zu Protokoll festzustellen hat, so kann sich der Gläubiger den Anspruch zur Einziehung (vgl. § 748) nach § 736 überweisen lassen, falls er dies noch nicht bei der Pfändung gethan hat, und (nach § 740) auf Ablieferung nach Maßgabe des § 746 klagen. (Zustimmend Hellmann III S. 113, Petersen §§ 745—748 II 2 u. A.; s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 92 Abs. 2.) Aber die gerichtliche Ueberweisung ist nicht der einzige Weg; selbstverständlich genügen auch andere Rechtsgeschäfte nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts (s. OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 Nr. 329).

Ansprüche Dritter an die herausgegebene Sache sind von diesen im Wege des § 690 bzw. § 710 geltend zu machen.

Wegen der Gebühren s. GKG. f. GV. § 5.

3) Abs. 2: „Auf die Verwerthung der Sache" — nach erfolgter Herausgabe an den Gerichtsvollzieher oder Wegnahme durch den Letzteren gemäß §§ 769 Abs. 1, 770.

— „die Vorschriften über die Verwerthung gepfändeter Sachen" — nämlich die §§ 716—726. § 754 gehört nicht (wie Puchelt II S. 598 meint) hierher. Der Gerichtsvollzieher verfährt so, als wenn er die Sache selbst abgepfändet hätte. [Die Bestimmung entscheidet gegen die Konstruktion Hellwig's (s. Anm. 1), obschon dieser solches nicht zugiebt (S. 201 ff.)].

§ 747.

1) Auch Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung unbeweglicher Sachen sind nicht (wie nach Bayer. PO. Art. 966) von der Pfändung ausgeschlossen, und zwar selbst wenn sie nach Landesrecht (z. B. Code civ. art. 526) zum unbeweglichen Vermögen gehören (s. Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 745—748 III a. E., Gaupp III S. 332, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 4). Die Pfändung geschieht nach Analogie des § 746 mit dem Unterschiede, daß die Herausgabe an einen „Sequester" zu erfolgen hat. Vgl. auch § 756.

„Bei Ernennung des Sequesters — beginnt bereits die Zuständigkeit des Amtsgerichts

§ 748. Eine Ueberweisung der im §. 745 bezeichneten Ansprüche an Zahlungsstatt ist unzulässig.

N. Entw. — Entw. I. § 659. Entw. II. § 682. Entw. III. § 695. Mot. S. 436. Prot. S. 403.

§ 749. Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1. der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63);
2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;

---

der belegenen Sache für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§ 755 Abs. 1)" (Mot.).

Der Gläubiger hat sich mit der beglaubigten Abschrift des Pfändungsbeschlusses (§ 730 Anm. 2), welcher die Anordnung (§ 747) enthält, an das Amtsgericht der belegenen Sache zu wenden und den die Ernennung enthaltenden Beschluß des letzteren dem mit der Zustellung beauftragten Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber (§ 730 Abs. 2) zu übergeben. Vgl. § 752 Anm. 2.

2) Inwieweit die Pfändung einer Forderung der hier bezeichneten Art in das Hypothekenbuch (Grundbuch) einzutragen ist, bestimmt sich, wie auch die Mot. hervorheben, nach den Landesgesetzen (§ 731). In Preußen findet eine solche Eintragung an sich nicht statt. Nach § 17 Abs. 1 d. Preuß. AG. z. CPO. ist aber der Sequester, an welchen als Vertreter des Schuldners nach der bei der Pfändung zu erlassenden Anordnung das Eigenthum der unbeweglichen Sache zu übertragen ist, zu ermächtigen und anzuweisen, daß er an Stelle des Schuldners die zu dem Erwerb erforderlichen Erklärungen abgebe und die Eintragung der Forderungen in das Grund- oder Hypothekenbuch in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form bewillige und beantrage. Vgl. auch Ges. v. 13. Juli 1883, betr. d. Zwangsvollstr. in d. unbew. Verm. §§ 6 ff. Wegen Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen s. § 811.

3) Abs. 2: — „in die herausgegebene Sache" — mag die Herausgabe ohne Weiteres oder nach erfolgter Ueberweisung und Ausklagung des Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 771 erfolgt sein.

— „nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften" — also nach den Landesgesetzen (§ 757), z. B. dem preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 (GS. S. 177) [s. Krech u. Fischer a. a. O. S. 150 ff.] § 743 ist demnach nicht anwendbar.

§ 748.

Der Satz folgt aus der Natur dieser Ansprüche (vgl. § 745 Anm. 2), für welche ein Nennwerth (§ 736 Abs. 1) nicht vorhanden ist, wie auch die Mot. hervorheben. Wegen der Ueberweisung zur Einziehung s. §§ 746 Anm. 2, 747 Anm. 3.

§ 749.

1) Die Mot. bemerken.

„Die hier aufgestellten Beschränkungen beruhen wie die Beschränkungen der Pfändung körperlicher Sachen (§ 715), theils auf einer billigen Rücksichtnahme gegen den Schuldner, theils auf dem öffentlichen Interesse und entsprechen im Wesentlichen den bestehenden Bestimmungen (vgl. Preuß. AGO. Anh. §§ 160—167, Konk.-Ordn. § 134, Bergges. v. 24. Juni 1865 § 173, Ges., betr. die gewerblichen Unterstützungskassen v. 3. April 1854 § 4, Bayer. PO. Art. 967—970, Code de proc. art. 581 ꝛc.)."

Andere partikularrechtliche Ausnahmen [z. B. bezüglich des Arbeitsverdienstes der Sträf-

4. die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7. die Pensionen der Wittwen und Waisen und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pension invalider Arbeiter;
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

Uebersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§. 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesammtbetrag die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

N. Entw. § 1010. **Entw.** I. § 660. **Entw.** II. § 683. **Entw.** III. § 696. **Mot.** S. 436. **Prot.** S. 403–406, 683, 718, 719.

---

linge — Preuß. Kab.-O. v. 28. Dez. 1840 (GS. 1841 S. 52)] sind beseitigt. Dagegen giebt es Forderungen, welche ihrer Natur nach nicht übertragbar sind und eben deshalb auch nicht gepfändet werden können, z. B. die sog. actiones vindictam spirantes (vgl. Hellwig a. a. O. S. 75 ff.). Auch künftige Ansprüche unterliegen nicht der Pfändung (OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 40 Nr. 329). Wegen Pfändung alternativer Forderungen (auf Altentheils-Leistungen) mit Wahlrecht des Gläubigers, insbesondere wenn nur eine der Alternativen übertragbar ist, vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 318.

Die Beschränkungen des § 749 können, weil sie dem öffentlichen Recht angehören, in ihrer Anwendung weder ganz noch zum Theil durch Vertrag ausgeschlossen werden. Vgl. § 715 Anm. 12. (So auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1; eingeschränkter Petersen § 749 Nr. 1, Dorendorf, Arrest S. 107.) Hinsichtlich der Zulässigkeit einer freiwilligen Abtretung von solchen Forderungen s. unten Anm. 11.

2) Abs. 1. Nr. 1: Das Ges. vom 21. Juni 1869, dessen prozeßrechtliche Vorschriften nach § 13 d. EG. z. CPO. schon an sich durch die CPO. nicht berührt werden, wird hier ausdrücklich aufrecht erhalten. Abänderungen desselben enthalten Abs. 3 u. 4.

[Ueber die Geschichte dieses Gesetzes vgl. Koch, Preuß. Proz.-Ordn. S. 714 ff., R. Koch, Ueber die Zulässigkeit der Beschlagnahme von Arbeits- und Dienstlöhnen (Berlin 1869), dessen Gutachten in den Verh. d. 7. D. Juristentages I S. 100 ff., das von Otto das. S. 181 ff.; die

Verh. das. II S. 81 ff., 259 ff., Hopf, Die Verkümmerung der Arbeits- und Dienstlöhne (Gotha 1868).]

Das Gesetz verwirft zwar in § 1 die schon früher von Manchen (z. B. Schlesinger) bestrittene Zulässigkeit der Beschlagnahme noch unverdienten bzw. noch nicht fälligen Lohnes, erkennt dieselbe jedoch im Prinzip (wenigstens indirekt) an, indem es das Verbot auf solche Arbeits- und Dienstverhältnisse, welche die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, beschränkt, und ferner nicht blos „den Gehalt und die Dienstbezüge der öffentlichen Beamten", sondern auch den „Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen" in gewissen Grenzen von der Anwendung des Gesetzes ausnimmt. Vgl. auch §§ 733, 734, 743, Nordd. Prot. S. 2046. Als „dauernd" gilt ein bindend auf mindestens ein Jahr oder gegen dreimonatliche Kündigung eingegangenes Dienstverhältniß (§ 4 Nr. 4 des alleg. Gesetzes). Soweit hiernach ein Arbeits- oder Dienstlohn, eine „Gehaltsforderung" oder ein „Diensteinkommen" der Pfändung unterliegen, kommen die §§ 729 ff. gleichmäßig zur Anwendung (vgl. auch Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 376). Auf Nebenbeschäftigungen ist § 1 nicht anwendbar (s. ROHG. in Seuffert, Arch. 35 Nr. 172), ebensowenig auf bloße Akkord-Verhältnisse (OLG. Stuttgart in Busch, Zeitschr. VII S. 111).

Die Vorschriften des § 4 Nr. 2, 3 des angef. Gesetzes (hinsichtlich der Staatssteuern usw.) bleiben unberührt; Nr. 1 u. 4 das. sind durch § 749 Nr. 8 und Abs. 3, 4 ersetzt bzw. modifizirt. (Vgl. Mandry S. 209 ff., Gaupp III S. 337.)

3) Nr. 2: Die Beschränkung liegt in der Natur der Sache (s. Renaud S. 499, Schanz im civ. Arch. 69 S. 262). Hierher gehören nicht die auf Grund des Haftpflichtgesetzes zu zahlenden Renten [vgl. RG. I S. 231; § 648 Anm. 7] und ebensowenig das vertragsmäßige Leibgedinge und Altentheil (OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 288 u. 40 Nr. 22, OLG. Hamburg das. 41 Nr. 318), wohl aber der Anspruch auf Unterstützung aus der Krankenkasse der Innung nach Art. I § 100c Abs. 2 Nr. 2 der Gewerbeordn. in d. Fassung v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177). Vgl. Anm. 5. (Weiter geht Code de proc. art. 581.) Wegen der Entschädigungsforderungen auf Grund des Unfallversicherungs-Ges. v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) s. § 68 das. Vgl. auch d. Ges. über die Ausdehnung der Unfall- u. Krankenversicherung v. 28. Mai 1885 (RGBl. S. 159) u. v. 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) § 73.

4) Nr. 3: Das sog. beneficium competentiae de jure tertii (Preuß. KO. § 434, P. E. § 1087 Nr. 5, Mandry S. 373). Beispiele s. in RG. XI S. 373, XII S. 383 u. im Preuß. JMBl. 1886 S. 54, Busch, Zeitschr. III S. 160 (OLG. München), VI S. 524 (OLG. Dresden). Bereits erhobenes Geld fällt nicht unter Nr. 3 (s. OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. VI S. 147 ff., Wilm. Levy Anm. 1 u. A.).

— „nothdürftigen Unterhalts" — im Gegensatz zu standesgemäßem Unterhalt (s. Preuß. ALR. II 2 §§ 251—253, 3 § 15; RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 140). Die gesetzliche Alimentationspflicht Anderer und die eigene Erwerbsfähigkeit des Schuldners sind bei der Bedürftigkeitsfrage außer Betracht zu lassen (RG. XII S. 383). Die Schlußworte des Entwurfs „und nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben" wurden in der RTK. als unbillig angefochten und von der letzteren gestrichen.

Inwieweit Bestimmungen Dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können (Code de proc. art. 581, Bad. PO. § 917, Mecklenb. Exek.-Ges. § 27), hängt, wie die Mot. bemerken, davon ab, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein Dritter außer dem Schuldner herleiten kann (s. auch RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 139). Es bleiben somit namentlich Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unberührt, wonach Zuwendungen in weiterem Umfange durch den Zuwendenden für unangreifbar erklärt werden können (s. z. B. Preuß. ALR. II 2 §§ 424, 425, 429, Nordd. Prot. S. 2051, Entsch. d. preuß. OT. 71 S. 300, RG. I S. 175, XI S. 373, XIV S. 478; vgl. jedoch auch RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 213). [Vgl. auch

Puchelt II S. 601, Seuffert Anm. 4, Petersen § 719 Nr. 2, Endemann III S. 269, 270, Gaupp III S. 338, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Hellmann III S. 116, welcher in der mitgetheilten Stelle der Mot. nur den Hinweis auf § 690 findet. Wegen der Lebensversicherung s. Scherer in Jahrb. f. Dogm. XX S. 150 ff., Verh. d. 16. D. Juristentages I S. 141 ff., 200 ff. (Gutachten von Malß u. Elster), II S. 101 ff., 356 ff. (Referate von Mayer und Leonhard.)

5) Nr. 4: vgl. Gewerbeordn. § 100c Abs. 2 Nr. 2 in der Fassung v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177), Ges. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876 § 10 (RGBl. S. 125), Krankenversicherungs-Ges. v. 15. Juni 1883 § 56 (RGBl. S. 73) u. v. 28. Mai 1885 §§ 15, 16 (RGBl. S. 159), Ges. v. 1. Juni 1884 Art. 8 (RGBl. S. 54), Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 §§ 171—173, Bayer. Bergges. v. 20. März 1869 Art. 173—175, Württ. Bergges. v. 7. Okt. 1874 Art. 157—159. Ob die Bezüge so hoch sind, daß sie den Charakter einer Lebensversicherung annehmen (s. Norbd. Prot. S. 2051), ist unerheblich. (A. M. Kleiner III S. 185.) Wegen der Unfallversicherungsgesetze vgl. Anm. 3.

6) Nr. 5: „Sold" — gleichbedeutend mit Diensteinkommen.

„Invalidenpension" — vgl. Ges. v. 27. Juni 1871 §§ 64 ff. (RGBl. S. 275 ff.). Dieselbe umfaßt auch die „Pensionszulagen" [§§ 71 ff. das., Ges. v. 4. April 1874 §§ 10 ff. (RGBl. S. 25)]: vgl. Norbd. Prot. S. 2050.

„Unteroffiziere" — vgl. § 158 Anm. 2. „Soldaten" — d. h. „Gemeine" (s. das.).

7) Nr. 6: „Militärpersonen" — vgl. § 14 Anm. 1.

— „zu einem mobilen — Kriegsfahrzeuges" — vgl. § 184 Anm. 1.

8) Nr. 7, 8: vgl. Abs. 2—5.

> „Bei Bestimmung des der Pfändung nicht unterliegenden Theils der in Nr. 7, 8 bezeichneten Einkünfte, entspricht das Prinzip, einen bestimmten Betrag desselben ganz frei zu lassen, dem § 4 Nr. 4 des Reichsges. v. 21. Juni 1869. Gegen die maßgebenden Rücksichten müssen auch alle Umstände, welche in dem Grunde der beizutreibenden Forderung, Alimentationspflicht (Code de proc. art. 582, Bayer. PO. Art. 968, Bad. PO. § 917, Preuß. AGO. Anh. § 168) oder unerlaubte Handlung (Preuß. AGO. Anh. § 169), liegen, zurücktreten". (Mot.)

9) Nr. 7: „Pensionen der Wittwen und Waisen" rc. — Zu denselben gehört namentlich das Wittwen- und Waisengeld (vgl. für die Reichsbeamten, welche ihr Gehalt rc. aus der Reichskasse beziehen, Ges. v. 20. April 1881 § 17 (RGBl. S. 88), ausgedehnt auf die Reichsbankbeamten durch Verordn. v. 8. Juni 1881 (RGBl. S. 117); ferner die Leistungen an Wittwen und Waisen nach d. Ges. v. 27. Juni 1871 §§ 39 ff.; für Preußen s. Ges., betr. die Fürsorge für die Wittwen und Waisen der unmittelbaren Staatsbeamten, v. 20. Mai 1882 (GS. S. 298).

10) Nr. 8: „Diensteinkommen" — d. h. alles das, was dem Beamten rc. in baarem Gelde oder in natura als Vergütung für seine Dienste dauernd gewährt werden muß („Gehalt", „Besoldung"), einschließlich der „Wohnungsgeldzuschüsse" und „Miethsentschädigungen" [Ges. v. 30. Juni 1873 (RGBl. S. 166); Verordn. v. 30. Juni 1873 (das. S. 169), v. 3. Febr. 1874 (das. S. 13) u. v. 23. Dezbr. 1875 (das. S. 380); Preuß. Ges. v. 12. Mai 1873 (GS. S. 209)]. Wegen der Ehrenzulage für die Inhaber des eisernen Kreuzes s. Ges. v. 2. Juni 1878 § 3 (RGBl. S. 99).

Ein Antrag, als besondere Nr. einzuschalten:

> „Tagegelder und ähnliche Ersatzleistungen, welche Personen für die Ausübung eines öffentlichen Berufs zu beziehen haben",

wodurch auch Diäten der Landtagsmitglieder, Geschwornen rc. betroffen sein würden, ist von der RTK. abgelehnt worden. Ob das Diensteinkommen in der Form von sog. (fixirten und

unfixirten) Diäten bezogen wird, macht indessen keinen Unterschied (vgl. v. Kamptz, Jahrb. Bd. 50 S. 115). Nicht hierher gehören dagegen Vergütungen für einzelne vorübergehende Leistungen. Wegen der zur Bestreitung von Dienstaufwand bestimmten Einkünfte vgl. Anm. 14.

„Offiziere“ — vgl. § 715 Anm. 6. Wegen Pfändung des Diensteinkommens von Offizieren vgl. § 730 Anm. 8.

„Militärärzte und Deckoffiziere“ — vgl. § 715 Anm. 6 u. 8.

„Beamten“ — vgl. § 715 Anm. 7. Auch hier gehören nach der widerspruchslosen Aeußerung des Abg. Gneist in der RTK. (vgl. auch Nordd. Prot. S. 2049) nicht zu den Beamten die in § 715 Nr. 6 neben Letzteren besonders genannten Rechtsanwälte und Notare. Indessen kommt es für die Notare freilich auf das Landesrecht an. Sind sie hiernach Beamte (vgl. auch § 341 Anm. 1, StrGB. § 359), und beziehen sie ein festes Diensteinkommen, so genießt letzteres auch den Schutz des § 749. [Vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 79, Wilm. Levy Anm. 10, Petersen § 749 Nr. 7, Seuffert Anm. 9 u. A. Abweichend: früh. Aufl., Endemann III S. 271, Gaupp III S. 339, Kleiner III S. 186 Anm. 12 a. E.]

Der Theil des Diensteinkommens, welcher für die Wittwen- und Waisengeld-Beiträge einzubehalten ist, ist weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage die Bezüge der Pfändung unterliegen (s. Abs. 2), zu berechnen (Ges. v. 20. April 1881 § 4; s. auch Verordn. v. 8. Juni 1881 u. Preuß. Ges. v. 20. Mai 1885, RG. in Jur. Wochenschr. 1884 S. 227, 228). Auch die Beiträge zur preußischen Allgemeinen Wittwenverpflegungsanstalt sind mit Rücksicht auf d. Kab. Ordre v. 29. Mai 1834 (GS. S. 70) außer den 1500 Mark des Abs. 2 von dem Diensteinkommen in Abzug zu bringen, ehe der pfändbare Betrag zu berechnen ist (RG. in Blum, Urth. u. Ann. I S. 66).

„Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten“ — vgl. § 715 Anm. 7.

— „die Pension“ — Hierunter fällt, wie das Wort „einstweiligen“ ergiebt, auch das „Wartegeld“ bei Versetzung in den einstweiligen Ruhestand — vgl. Reichsbeamtengesetz §§ 24 ff.; für Preußen: Verordn. v. 14. Juni und 24. Okt. 1848 (GS. S. 153, 338), Ges. vom 21. Juli 1852 § 87 (GS. S. 405), Verordn. v. 23. Sept. 1867 (GS. S. 1619), AG. z. GVG. §§ 99, 101—105, Verordn. v. 7. Sept. 1879 § 51 (GS. S. 591), Allg. Verf. des Just. Min. v. 2. März 1882 (JustMinBl. S. 43).

— „sowie der nach ihrem Tode — Gnadengehalt“ — d. h. dasjenige, was den Hinterbliebenen (Wittwe, Kinder 2c.) als solchen, nicht als Erben, außer den in Nr. 7 erwähnten Pensionen und abgesehen von dem seitens des Verstorbenen noch verdienten Gehalte, zu zahlen ist, z. B. das sog. „Gnadenquartal“ bzw. der „Gnadenmonat“ — vgl. Reichsbeamtengesetz §§ 7, 69; und für Preußen Kab.-Ordre v. 15. Nov. 1819 (GS. 1820 S. 45), Ges. v. 6. Febr. 1881 §§ 2, 3 (GS. S. 17).

11) Die Bestimmungen der Reichs- und der Landesgesetze über die Zulässigkeit einer freiwilligen Abtretung oder Verpfändung des Gehalts 2c. (vgl. Reichsbeamten-Ges. § 6, Reichsmilitärgesetz § 45, Lohnarrest-Ges. § 2, Hülfskassenges. v. 7. April 1876 § 10, Anh. § 163 z. Preuß. AGO. I 24 § 108 2c.) bleiben unberührt (vgl. Nordd. Prot. S. 2023, 2050, § 715 Anm. 11; Laband, Staatsrecht d. D. Reichs I S. 647, Hellwig a. a. O. S. 76; RG. IV S. 142). In dem Verbote der Pfändung nach § 749 liegt nicht von selbst das Verbot einer freiwilligen Abtretung. (A. M. Mandry S. 209, 212, 215 ff.) In Betreff des Wittwen- u. Waisengeldes s. d. Ges. v. 20. April 1881 § 17 (s. auch Verordn. v. 8. Juni 1881) u. Preuß. Ges. v. 20. Mai 1882 § 17. Wegen des Anspruchs auf Unterstützung aus gewerblichen Krankenkassen s. Gewerbeordn. in d. Fassung v. 1. Juli 1883 § 100c Nr. 2 (RGBl. S. 177), wegen der Entschädigungsforderung auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) § 68 das. und die übrigen oben Anm. 3 a. E. angeführten Gesetze. Hinsichtlich der Unzulässigkeit

§ 750. Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forde-

---

der Kompensation mit einem der Pfändung nicht unterworfenen Pensionsbezuge vgl. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 95, Dernburg II § 109 Anm. 5, Mandry S. 216.

12) Abs. 3: vgl. Anm. 2. Die Bestimmung ist auf Antrag des Abg. Herz, welcher deren materielle Berechtigung aus § 4 Nr. 4 des Lohnarrest-Ges. ableitete, von der RTK. eingeschaltet. Indessen ist der Betrag (der Uebereinstimmung mit Abs. 2 halber) auf 1500 Mark erweitert. Im Uebrigen bleibt jene Vorschrift namentlich auch hinsichtlich des Begriffs „dauernd" maßgebend (s. auch Endemann III S. 273). Freilich besteht noch der Unterschied gegenüber den öffentlichen Beamten, daß bei Privatbeamten der ganze Mehrbetrag pfändbar ist.

13) Abs. 4: Die Ausnahmen der Abs. 2 u. 3 werden hier zu Gunsten der laufenden Alimente beschränkt (vgl. § 648 Nr. 6), jedoch nur, soweit dieselben der Ehefrau und den ehelichen Kindern zustehen (also enger als nach d. Lohnarrest-Ges. § 4 Nr. 3 — s. jedoch auch Seuffert, Arch. 35 Nr. 173 — Anh. § 168 z. Preuß. AGO. I 24 § 108), in dieser Ausdehnung aber auch (anders als nach § 4 Nr. 3 a. a. O.), wenn sie auf Vertrag oder Testament beruhen. Vgl. auch Unfallversicherungs-Ges. v. 6. Juli 1884 § 68. Auf die geschiedene Ehefrau und auf die weiteren Deszendenten (Enkel usw.) findet die Vorschrift keine Anwendung (RG. III S. 15, Wilm. Levy Anm. 14, Petersen § 749 Nr. 2 a. E., Endemann III S. 273, Schanze a. a. O. S. 364, jetzt auch Seuffert Anm. 11, Mandry S. 214 Anm. 14).

14) Abs. 5: — „zur Bestreitung eines Dienstaufwandes" — z. B. Umzugskosten bei Versetzungen, Reisekosten und Tagegelder bei Dienstreisen, Tafelgelder u. dgl. m. — Der „Servis" ist verschieden von dem Wohnungsgeldzuschusse; vgl. Reichsverfassung Art. 61, Verordn. v. 7. Nov. 1867 (Preuß. Allg. Reg. v. 17. März 1810), Ges. v. 30. Juni 1873 § 3 (RGBl. S. 166). Ein Antrag, den Servis hier zu streichen, ist von der RTK. wiederholt abgelehnt, nachdem vergeblich auf § 10 des Ges. v. 27. Juni 1871 hingewiesen worden war.

„Militärbeamten" — vgl. das Verzeichniß der „Militärpersonen" (RGBl. 1872 S. 204), den Servistarif Beil. I d. Ges. v. 3. Aug. 1878 (RGBl. 1243), welcher sub A die aktiven Militärs, sub B die Militärbeamten des Landheers und der Marine aufführt, und die Klasseneintheilung in Anl. z. Verordn. v. 29. Juni 1880 (RGBl. S. 169). Die „Civilbeamten der Militärverwaltung" (Reichs-Mil.-Ges. v. 2. Mai 1874 § 38 C) gehören nicht hierher. Vgl. § 343 Anm. 2.

15) Hinsichtlich der Pfändbarkeit von „Kautionen" und „Depositalgeldern" sind besondere Beschränkungen nicht aufgenommen (vgl. Nordd. Prot. S. 2055, 2056). Die Mot. bemerken bezüglich der ersteren:

> „Ueber Kautionen (Bayer. PO. Art. 969, Mecklenb. Exek.-Ordn. § 28) braucht ebensowenig wie über andere Forderungen mit gegenseitiger Verpflichtung, von welchen sie nicht losgelöst werden können, Bestimmung getroffen zu werden."

Die Pfändung ist zulässig, kann aber bei Kautionen erst nach Erledigung der Verpflichtungen wirksam werden, für welche sie haften. [Vgl. § 730 Anm. 4, Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 24, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 451, Dorendorf, Arrest S. 108.]

Diese Bemerkungen treffen auch auf Feuerversicherungsgelder zu, welche nach Landesgesetzen, Statuten oder Polizen nur unter der Bedingung des Wiederaufbaues des abgebrannten Gebäudes auszuzahlen sind. Nach allgemeinen Grundsätzen sind solche Ansprüche keineswegs unpfändbar (s. §§ 743 Anm. 1, 745 Anm. 1). [So auch Hellmann III S. 118, Seuffert Anm. 4 a. E., Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 749 Nr. 2 a. E. u. A.]

16) Der § 749 hat auch für das Konkursverfahren Bedeutung (KO. § 1 Abs. 1).

rung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

N. Entw. § 1012. Entw. I. § 662. Entw. II. § 684. Entw. III. § 697. Mot. S. 436, 437. Prot. S. 406.

§§ 750—753.

Literatur: Hellwig a. a. O. S. 210 ff., Dorendorf, Arrest S. 111 ff.

1) Eine Verwickelung entsteht trotz § 709, wenn ein und derselbe Anspruch für mehrere Gläubiger gepfändet ist. (Wegen der Formen s. §§ 730 Anm. 1, 732 Anm. 1.) Diesen (in den §§ 727, 728 für die Pfändung körperlicher Sachen geregelten Fall) ordnen die vorliegenden Bestimmungen, § 750 für Geldforderungen, § 751 für Ansprüche, welche eine bewegliche, § 752 für solche, welche eine unbewegliche Sache betreffen; eine gemeinsame Bestimmung enthält § 753. Dem Drittschuldner, welcher nicht ohne Gefahr sich mit einem einzelnen der pfändenden Gläubiger einlassen kann, ist weder die Verpflichtung zu prüfen, welcher der bestberechtigte sei (vgl. auch § 72), noch die schwierige Berechnung der betheiligten Forderungen — behufs Ermittelung, ob die Schuld zur Deckung der Ansprüche aller pfändenden Gläubiger ausreiche (N. E. § 1012) — auferlegt. Die Verwickelung ist einfach durch das Recht und die auf Verlangen eintretende, nach § 753 erzwingbare Pflicht zur Hinterlegung bzw. Herausgabe an den Gerichtsvollzieher oder Sequester gelöst, an welche sich ein Vertheilungsverfahren (§§ 758 ff.), eventuell nach Umwandlung der herausgegebenen Sache in Geld, anschließt.

2) Die Verpflichtung zur Hinterlegung rc. tritt selbstverständlich nur unter denselben Voraussetzungen ein, unter welchen die Verpflichtung zur Zahlung rc. besteht, also z. B. erst nach Eintritt der Bedingung, Fälligkeit rc.

3) Das „Verlangen eines Gläubigers“ (§§ 750—752) wird sich in Form einer unmittelbar an den Drittschuldner gerichteten (formlosen) Aufforderung äußern, welche der Gläubiger ihm des Beweises wegen in gewöhnlicher Weise zuzustellen hat. Nur die Ueberweisung (§§ 736, 745), nicht die bloße Pfändung gewährt einem Gläubiger das Recht, die Hinterlegung zu verlangen. Sobald die Aufforderung erfolgt ist, darf der Drittschuldner nicht mehr an den Erstberechtigten zahlen. Wegen der Klagberechtigung des Gläubigers s. § 753.

4) Wegen des Verfahrens bei der Hinterlegung s. für Preußen Hinterlegungsordn. §§ 18, 19. Zu den Fällen, in welchen nach § 74 eine Dringlichkeit stets als vorhanden anzusehen und daher die vorläufige Verwahrung bei den Amtsgerichten gestattet ist, gehören die vorliegenden nicht. Vgl. § 728 Anm. 4.

§ 750.

— „für mehrere Gläubiger gepfändet“ — sei es gleichzeitig oder nach einander. § 751 behandelt diese Fälle getrennt in Abs. 2 und 3.

1) — „unter Anzeige der Sachlage“ — d. h. unter näherer Angabe seiner Schuld und der bei ihm vorgenommenen Pfändungen (vgl. §§ 728 Abs. 2). Die Anzeige muß in dem Hinterlegungsgesuche, wenn die Zulassung zur Hinterlegung nach den betreffenden Landesgesetzen von einem Befehl des Gerichts abhängt, sonst in demjenigen Schriftsatze, mit welchem die Beschlüsse (§§ 730 Abs. 2, 736 Abs. 3) überreicht werden, erfolgen. Die gleichzeitige Anzeige an alle Gläubiger (Puchelt II S. 607) ist nicht vorgeschrieben.

2) — „das Amtsgericht — zugestellt ist“ — vgl. § 729. Bei doppeltem allgemeinen Gerichtsstande (vgl. § 13 Anm. 1) können hinsichtlich der Pfändung mehrere Amtsgerichte konkurriren (vgl. § 729 Anm. 2).

3) — „zu hinterlegen“ — Ueber die Wirkungen entscheidet das bürgerliche Recht; vgl. §§ 72 Anm. 2, 709 Anm. 6. Nach gem. und preuß. Recht (ALR. I 16 § 213) wird der Schuldner befreit. (S. auch Sarwey II S. 238. A. M.: Wilm. Levy Anm. 2 a. E., Puchelt II S. 606, Petersen §§ 750—753 Nr. 2. u. in Gruchot, Beitr. XXV S. 551 Anm. 15, Gaupp

§ 751. Ist ein Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme der Sache ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Orts, wo die Sache herauszugeben ist.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgericht anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

N. Entw. § 1013. Entw. I. § 663. Entw. II. § 685. Entw. III. § 698. Mot. S. 436, 437. Prot. S. 406.

III S. 343, Endemann III S. 275, jetzt auch Seuffert Anm. 4, welche für unbedingte Befreiung des Drittschuldners sind.) Nach der Hinterlegung bildet (nach der Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 §§ 7, 8) nur der etwaige Anspruch des Schuldners auf Zurückzahlung eines der hinterlegten Summe gleichen Betrages einen Gegenstand der Pfändung.

4) Bei den in § 732 bezeichneten Papieren muß der Schuldner die Präsentation abwarten und ist zur Hinterlegung nur gegen Rückgabe des Wechsels ꝛc. verpflichtet. (Vgl. auch Puchelt II S. 606; Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 342; Sarwey II S. 237 bemerkt, daß hier wohl der Ueberweisungsbeschluß die Stelle des Pfändungsbeschlusses vertrete, die Anwendbarkeit des § 750 bei solchen Forderungen aber überhaupt zweifelhaft sei.)

§ 751.

1) Abs. 1: — „unter Anzeige der Sachlage“ — nämlich an den Gerichtsvollzieher (s. § 750 Anm. 1.)

— „dem Gerichtsvollzieher — ermächtigt ist“ — vgl. § 746 Anm. 1.

2) „Hat — nicht bezeichnet“ — nämlich weder in dem Pfändungsgesuche noch bis zur Zustellung des zweiten Beschlusses. Wegen der Konkurrenz anderer Gläubiger darf sich der Drittschuldner hier nicht passiv verhalten, sondern muß, um der Klage zu entgehen, die Initiative behufs Ernennung des Gerichtsvollziehers ergreifen. (A. M. Dorendorf a. a. O. S. 112, welcher eine Pflicht zur Herausgabe an die Voraussetzung knüpft, daß der Gläubiger einen Gerichtsvollzieher zur Empfangnahme bezeichnet hat.)

3) — „von dem Amtsgerichte des Orts — herauszugeben ist“ — also nicht von dem Vollstreckungsgerichte (§ 729 Abs. 2), sondern von dem Amtsgerichte am Orte der Erfüllung des gepfändeten Anspruchs, welcher nicht nothwendig mit dem Orte, wo die Sache liegt, zusammenfällt (vgl. §§ 24, 25, 29).

Die Bestimmung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

4) Abs. 2: „Ist der Erlös — — nicht ausreichend“ — nämlich nach bewirkter Verwerthung (vgl. § 746 Abs. 2 in Verbindung mit § 728 Abs. 2). Ist der Erlös ausreichend oder wird von keiner Seite eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen beansprucht (vgl. § 709 Abs. 3), so nimmt der Gerichtsvollzieher selbst die Vertheilung vor. Anderenfalls

§ 752. Betrifft der Anspruch eine unbewegliche Sache, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester herauszugeben.

N. Entw. § 1014. Entw. I. § 664. Entw. II. § 686. Entw. III. § 699. Mot. S. 436, 437. Prot. S. 406.

§ 753. Jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, ist berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung der nach den Bestimmungen der §§. 750—752 diesem obliegenden Verpflichtungen zu erheben.

---

tritt das Vertheilungsverfahren nach §§ 758 ff. ein, welches durch die Hinterlegung des Erlöses (vgl. § 750 Anm. 3) eingeleitet wird.

— „dessen Beschluß — — zuerst zugestellt ist — Meistens werden sämmtliche Beschlüsse von demselben Amtsgerichte zugestellt sein; die Konkurrenz mehrerer Amtsgerichte ist eine Ausnahme (vgl. §§ 729 Anm. 2, 750 Anm. 2).

5) — „die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke" — nämlich Pfändungsbeschlüsse, Zustellungsurkunden, Aufträge, Ernennungen usw.

6) Abs. 3 setzt gleichzeitige Zustellung der Pfändungsbeschlüsse an den Drittschuldner voraus (vgl. § 730 Abs. 3). S. auch § 728 Abs. 3. Dies wird freilich nur dann möglich sein, wenn ein und derselbe Gerichtsvollzieher zustellt, was sich mit Abs. 1 u. § 746 Abs. 1 sehr wohl verträgt (A. M. anscheinend Endemann III S. 277). Der Gerichtsvollzieher hat hier bezüglich der Hinterlegung zwischen den mehreren in Frage kommenden Amtsgerichten die Wahl.

7) Wegen der Gebühren des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 5.

§ 752.

1) — „an den vom Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten" — nämlich den auf Antrag des Gläubigers ernannten Sequester (§ 747 Abs. 1).

2) — „oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester" — Die Ernennung auf Antrag des Drittschuldners erfolgt in ähnlicher Art, wie nach § 747 Abs. 1, sofern bei der Zustellung des ersten Pfändungsbeschlusses der Sequester noch nicht namentlich bezeichnet ist. Der Sequester steht in einem privatrechtlich obligatorischen Verhältniß zum Gericht als Auftraggeber (OLG. Dresden in Seuffert, Arch. 38 Nr. 80).

Die Bestellung geschieht gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

3) Wegen der Verwerthung und Vertheilung vgl. § 747 Abs. 2. Für die Anwendung des § 752 ist es unerheblich, ob der Anspruch selbst zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehört.

4) Nach § 17 Abs. 2 des Preuß. AG. z. CPO. hat der Sequester die Eintragung der Forderungen in der durch die Zeit der Pfändungen bestimmten Reihenfolge zu beantragen; wenn ein Gläubiger eine andere Reihenfolge verlangt, oder die Zeit der Pfändungen nicht erhellt, zu gleichen Rechten unter dem miteinzutragenden Vorbehalt einer anderweiten Feststellung des Ranges derselben unter einander. Vgl. § 747 Anm. 2.

§ 753.

1) Abs. 1: Die Gläubiger, welchen der Anspruch überwiesen ist (§§ 736, 748), sind nicht (wie nach Preuß. KO. § 365) genöthigt, gemeinschaftlich zu klagen; jeder von ihnen kann vielmehr früher oder später allein klagen, ohne die anderen (wie nach N. E. § 1015) beiladen zu müssen, und zwar mit der Wirkung, daß der Anspruch für alle — abgesehen von Abs. 5 — rechtshängig wird. (Ebenso Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 241, Hellmann III S. 121, Petersen §§ 750—753 Nr. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Hellwig a. a. O. S. 224 ff. A. M.

Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämmtliche Gläubiger wirksam.

Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen.

N. Entw. § 1015. Entw. I. § 665. Entw. II. § 687. Entw. III. § 700. Mot. S. 437. Prot. S. 406–408.

Puchelt II S. 609, welcher auf das richterliche Verbindungsrecht bzw. die exc. plur. litiscons. verweist. Vgl. Abs. 4.) Selbstverständlich präjudizirt Klage und Urtheil auch solchen Gläubigern, welche noch nicht einmal gepfändet haben (was Endemann III S. 279 bezweifelt); es ist damit ebenso, als wenn der Schuldner selbst geklagt hätte. Klagen mehrere Gläubiger gemeinschaftlich, so sind sie Streitgenossen nach § 59 (vgl. Hellmann, Lehrb. S. 877 u. A.). Hinsichtlich des Gerichtsstandes gilt nichts besonderes.

— „berechtigt" — Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, so kommt auch hier § 741 zur Anwendung.

„Klage auf Erfüllung — Verpflichtungen" — d. h. die gewöhnliche Klage aus dem Anspruche mit den sich aus den §§ 750—752 ergebenden Modalitäten. Dem Schuldner ist nach § 740 der Streit zu verkünden. (Vgl. auch Petersen a. a. O., Gaupp III S. 346, Wilm. Levy Anm. 5 u. A.) Hinsichtlich der Prozeßführung s. § 740 Anm. 4.

2) Der Abs. 2 enthält eine Anwendung der §§ 63, 66. Es ist nicht erforderlich, daß der beitretende Gläubiger bereits eine Ueberweisung (§ 736), also ein eigenes Klagerecht erlangt hat; die bloße Pfändung (§ 730) — auch die bloße Arrestpfändung — genügt. Daß er dessenungeachtet als Streitgenosse, nicht als gewöhnlicher Nebenintervenient gilt, ist in Abs. 2 ausdrücklich bestimmt und entspricht der Natur der Sache. Die Anschließung erfolgt, da nichts besonderes (wie in § 67) bestimmt ist, in der mündlichen Verhandlung; ein etwaiger Schriftsatz ist nur vorbereitender Natur (s. Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 876. A. M.: v. Canstein in Busch, Zeitschr. VIII S. 236, Hellwig a. a. O. S. 225).

3) Abs. 3: Diese Bestimmung in Verbindung mit Abs. 4 bildet den Schwerpunkt des Paragraphen. Den Rechten jedes Gläubigers auf Erfüllung (Abs. 1), wie dem Anspruch des Drittschuldners, seine Lage nicht durch die mehrfache Pfändung verschlechtert zu sehen, ist dadurch genügt, daß hier die Hauptpflicht zum Betriebe des Prozesses auf den Drittschuldner [nicht, wie nach N. E. § 1015 Abs. 1 (vgl. Nordd. Prot. S. 2053, 2054), auf den klagenden Gläubiger] konzentrirt wird. Der Drittschuldner, welcher, wie die Mot. bemerken, nach §§ 730 Abs. 3, 736 Abs. 3, 745 alle betheiligten Gläubiger kennen kann und muß, hat dieselben — und zwar auch diejenigen, für welche der Anspruch nur gepfändet ist (s. Anm. 2) — sofern sie sich nicht freiwillig nach Abs. 2 angeschlossen haben, durch Beiladung zur Theilnahme an dem auf Gefahr aller geführten Prozesse aufzufordern (vgl. §§ 56, 57 Anm. 5). Diese Verpflichtung ist auch dann nicht (wie nach § 740) ausgeschlossen, wenn eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich ist, und sie bezieht sich, wie die Mot. hervorheben, auch auf solche Gläubiger, für welche die Forderung nur mit Arrest belegt ist, und welche deshalb ein Recht zur Klage nicht haben. Bei der Ladung ist die Ladungsfrist (§§ 194, 204) zu beobachten. Die Geladenen gelten, wenn sie dem Kläger beitreten, als Streitgenossen (vgl. Anm. 1, 2). Tritt ein Geladener nicht bei, so wird ein Versäumnißurtheil nicht erlassen; es genügt Abs. 4.

4) Abs. 4 enthält einen der Fälle, in welchen die Rechtskraft sich über die Hauptparteien hinauserstreckt (§ 66 Anm. 1).

„Die Wirksamkeit der Entscheidung für alle betheiligten Gläubiger verhütet unnütze Wiederholungen desselben Prozesses und beeinträchtigt nicht den Drittschuldner, weil dieser wegen jener Wirkung auch solche Einwendungen vorbringen kann, welche ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen“ (Mot.).

Danach werden, wenigstens was den Anspruch selbst betrifft, materiell die verschiedenen Ueberweisungen in einen Prozeß zusammengezogen. Erfüllt der Drittschuldner die ihm in Abs. 3 auferlegte Pflicht, so ist er einer ferneren Klage wegen desselben Anspruchs nicht ausgesetzt. Aber ebenso kann auch jeder pfändende Gläubiger, mag er an dem Prozesse theilgenommen haben oder nicht, die Rechte aus dem Urtheil auf Grund des zugestellten Pfändungsbeschlusses — auch ohne besondere Ueberweisung — für sich geltend machen. Die „Wirksamkeit“ schließt auch die „Vollstreckbarkeit“ (wie in § 136 Abs. 3), jedoch nur unter den gewöhnlichen Voraussetzungen des § 671 Abs. 1, in sich. Selbstverständlich reicht die Wirksamkeit des Urtheils nicht über den Theil des Anspruchs hinaus, bezüglich dessen eine Verurtheilung erfolgt ist (s. RG. in Gruchot, Beitr. XXIV S. 1087).

Bei der Zulässigkeit von Einwendungen aus der Person jedes einzelnen Gläubigers, mit welchem der Drittschuldner in Folge der Ueberweisung vor der Aufforderung zur Hinterlegung (§§ 750—753 Anm. 3) wirksam paktirt haben kann (§ 736 Anm. 3), können aber dessenungeachtet verschiedene Entscheidungen in Betreff der Existenz bzw. des Betrages der eingeklagten Forderung im Verhältniß des Drittschuldners zu den einzelnen Gläubigern ergehen, da die durch eine frühere Pfändung erworbenen Rechte (s. § 709 Abs. 3) nicht durch derartige, nur dem später pfändenden Gläubiger gegenüber begründete Einwendungen beeinträchtigt werden dürfen. (Vgl. auch Puchelt II S. 610, Seuffert Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 4, Sarwey II S. 241, Hellwig a. a. O. S. 219 ff. A. M. Hellmann III S. 122, 123, welcher die Berücksichtigung des Rangverhältnisses lediglich dem Vertheilungsverfahren überlassen will, aber nicht beachtet, daß letzteres, wenn die Klage zurückgewiesen ist, keinen Gegenstand mehr hat.) Bloße Kompensationseinreden aus der Person eines Gläubigers werden freilich schon wegen des ungleichartigen Gegenstandes (s. Abs. 1) unzulässig sein. (Vgl. Gaupp III S. 348, Petersen §§ 750—753 Nr. 4 a. E., Wilm. Levy Anm. 4. A. M.: Seuffert a. a. O., Hellwig a. a. O. S. 223 ff.) Im Uebrigen kann stets im schließlichen Resultate nur eine einheitliche Entscheidung, insonderheit hinsichtlich der Vertheilung (Auszahlung), erlassen werden. Bei verschiedenartigem Verhalten der theilnehmenden Gläubiger werden also die §§ 59, 391, 434 anzuwenden sein. Vgl. auch § 261 Anm. 3. Ein Antrag des Abg. Bähr, welcher, von der entgegengesetzten Auffassung ausgehend, vorschlug, statt Abs. 4 u. 5 zu setzen:

> „Gläubiger, welche dieser Ladung ungeachtet in dem Verfahren nicht auftreten, müssen die zu Gunsten des Drittschuldners ergehende Entscheidung auch wider sich gelten lassen“,

ist von der RTK. abgelehnt.

5) Abs. 5: Die Bestimmung bildet die einzige Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 4. Hat der Drittschuldner die ihm in Abs. 3 auferlegte Pflicht nicht erfüllt, so kommt ihm in dem Verhältnisse zu dem betreffenden Gläubiger die ergangene günstige Entscheidung nicht zu statten. Dagegen ist die dem Drittschuldner ungünstige Entscheidung auch in jenem Falle für den Gläubiger wirksam.

6) Selbstverständlich ist die über den Anspruch ergehende Entscheidung auch für und gegen den Schuldner wirksam (vgl. § 740 Anm. 2 u. 4), was in der RTK. für den Fall der unterbliebenen Streitverkündung vom Abg. Klotz bestritten wurde. (Ebenso Wilm. Levy Anm. 5, Seuffert Anm. 7, Petersen §§ 750—753 Nr. 4, Gaupp a. a. O., Dorendorf, Arrest S. 116 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 685, 686, Endemann III S. 279.)

§ 754. Auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, finden die vorstehenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Uebergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußerung des Rechts selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gericht angeordnet werden.

N. Entw. § 1017. Entw. I. § 666. Entw. II. § 688. Entw. III. § 701. Mot. — Prot. S. 408.

---

§ 754.

1) Abs. 1: — „in andere Vermögensrechte — sind" — d. h. alle Rechte des beweglichen Vermögens, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts wenigstens in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind (vgl. Abs. 3; OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 276) und nicht zu den in §§ 730 bis 753 behandelten Ansprüchen gehören. Hierunter fallen namentlich:

a) Antheilsrechte an einer ungetheilten Vermögensmasse, z. B. einer Erbschaft (vgl. RG. IX S. 365), dem Gesellschaftsvermögen (vgl. Nordd. Prot. S. 2056). Indessen gelten in dieser Beziehung mancherlei Beschränkungen; vgl. z. B. für Handelsgesellschaften HGB. Art. 119, 126, 169. In der Regel wird der Gläubiger nur auf dem Umwege einer Ueberweisung des Anspruchs auf Auseinandersetzung an die Substanz des Antheils selbst gelangen können (vgl. Koch, Preuß. Civilproz. S. 562, v. Rönne, Erg. 5. Ausg. Bd. 3 S. 433, 434). Jedenfalls gilt nach franz. Recht eine solche Antheilspfändung nicht als Pfändung einzelner Nachlaßforderungen (RG. IX S. 364; vgl. auch OLG. Cöln und LG. Straßburg in Busch, Zeitschr. VII S. 112); ebenso nach preuß. Recht (Plen. Beschl. d. OT. in Entsch. 35 S. 352, Förster (Eccius) III § 182 Anm. 68, Dernburg III § 238, Dorendorf, Arrest S. 118, Krech u. Fischer a. a. O. S. 154 ff.). Anders nach gem. Recht, nach welchem die Antheile der Miterben an den einzelnen Bestandtheilen der Erbschaft kraft Gesetzes der Erbquote entsprechen. Wegen der Zulässigkeit der Pfändung ideeller Theile von Mobilien nach § 754 vgl. § 712 Anm. 2.

Ob das Recht des Notherben bzw. Pflichttheilsberechtigten Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein kann, hängt davon ab, ob dasselbe von dem bürgerlichen Recht als von der Person des Berechtigten auch hinsichtlich der Ausübung unzertrennlich behandelt wird. (Vgl. auch Seuffert Anm. 1.) Für Preußen wird die Frage vom Obertrib. (Entsch. 49 S. 207, 56 S. 250 ff., Striethorst, Arch. 46 S. 335, 92 S. 316), Hanow (in D. Ger.-Zeitg. N. F. II S. 78 ff.), Bauer (in Behrend, Zeitschr. f. d. D. Gesetzg. VII S. 39 ff.), Zitelmann (in Gruchot, Beitr. XX S. 370 ff. ꝛc.) verneint, von Gruchot, Erbrecht III S. 213, Paris (in D. Ger.-Zeitg. 1865 S. 71 ff.), Schultzenstein, Beitr. z. Lehre v. Pflichttheilsrecht. Berlin 1878 S. 178 ff., R. Koch (in D. Ger.-Zeitg. 1864 S. 43 ff., 1866 S. 102, das. N. F. II 1867 S. 322 ff., Preuß. Anw.-Zeitg. 1866 Sp. 638 ff.) bejaht. Vgl. auch Förster (Eccius) IV § 248, S. 80 Anm. 174, Dernburg III § 207 S. 570, Hellmann III S. 124. Wegen des gem. Rechts s. Windscheid, Pand. II § 359 Anm. 6, III § 585 Anm. 8, Kleiner III S. 198, Gaupp III

S. 349, 350, Seuffert Anm. 1 u. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 298, welches mit Recht die Zulässigkeit verneint, weil das Pflichttheilsrecht ein erst künftig zur Entstehung gelangendes Recht ist.

Ebenso hängt es von dem bürgerlichen Recht ab, ob der Antheil eines Gewerken (Kux) nach den Regeln der §§ 729 ff. oder nach von den Werthpapieren handelnden Vorschriften (§§ 722 ff.) zu pfänden ist. Vgl. z. B. Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 109 u. Art. VIII der Verordn. v. 8. Mai 1867 (GS. S. 111). (S. auch Sarwey II S. 242, Gaupp III S. 350.)

b) Gewerbeberechtigungen, z. B. die in Reichsgewerbe-Ordn. § 48 bezeichneten Real-Gewerbeberechtigungen, aber auch das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. (Ges. v. 11. Juni 1870), Werken der bildenden Künste (Ges. v. 9. Jan. 1876), Photographieen (Ges. v. 10. Jan. 1876), Mustern und Modellen (Ges. v. 11. Jan. 1876), soweit dasselbe überhaupt der Zwangsvollstreckung unterliegt (vgl. darüber Stobbe, Deutsch. Privatr. III S. 46 Anm. 9 u. 10, Dambach, Urheberrecht S. 36 ff., Klostermann, Urheberrecht S. 26, 142). Dasselbe gilt von dem Patentrecht (Ges. v. 25. Mai 1877). [Vgl. hierüber ROHG. 22 S. 333, Stobbe a. a. O. S. 47, Kohler, Patentrecht S. 168 ff.] (So auch Gaupp III S. 252, 350; ähnlich Seuffert Anm. 2, Hellmann III S. 124, Puchelt II S. 603: „nicht unbedingt".)

c) Nutzungsrechte (vgl. Abs. 3) jeder Art, z. B. Nießbrauch (vgl. KO. § 1 Abs. 2, Entsch. des preuß. OT. 60 S. 367, Sächs. Bürg. GB. §§ 496, 497, 1683, 1820), Rechte des Vasallen und Fideikommißbesitzers, Wohnungsrechte (v. Rönne, Erg. a. a. O. S. 455), Pachtrechte (vgl. das.) ꝛc. — vgl. Renaud S. 496, 498, Koch, Preuß. Civilproz. S. 562, Nordd. Prot. S. 2056. Beim Nießbrauch kommt die Beschränkung des § 749 Nr. 3 in Betracht (RG. XI S. 373). Familienrechtliche Beschränkungen werden bald im Wege des § 685, bald nach § 690 (wenn es sich um ein die Veräußerung hinderndes Recht handelt) geltend zu machen sein (vgl. Hüppner im civ. Arch. 70 S. 443 ff.).

Wegen der Immobiliarrechte s. § 757 Abs. 2; wegen der sog. Hypothek bezw. Grundschuld des Eigenthümers s. § 731 Anm. 2.

Das Recht zur Führung der Firma ist nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 330). Ebensowenig das Recht des Auszüglers auf Wohnung und Beköstigung im Hause des Sohnes (OLG. Jena, Celle u. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 276, 41 Nr. 32, 318).
in Betracht (RG. XI S. 373).

Eine Ueberweisung an Zahlungsstatt zum Nennwerthe ist bei den unter § 754 fallenden Vermögensrechten nicht möglich (vgl. auch Mandry S. 343).

2) Abs. 2 tritt an die Stelle von § 730 Abs. 2. Wegen der Arrestpfändung s. § 808 Anm. 1, Dorendorf a. a. O. S. 119 ff., bes. Anm. 427.

3) Abs. 3: — „nur in Ansehung der Ausübung" — vgl. Anm. 1c u. Abs. 4. Dem Gericht ist hier — abgesehen von § 743 — ausdrücklich noch die Befugniß zu „besonderen Anordnungen" je nach Lage der Sache beigelegt. Ein Beispiel bildet die Verwaltung der dem Nutzungsrechte unterliegenden Sache (vgl. Bayer. PO. Art. 968); die Zwangsvollstreckung nähert sich alsdann der in § 747 vorgeschriebenen Prozedur. Die Detention der Sache wird dem Schuldner entzogen und diese an den vom Vollstreckungsgerichte bzw. bei Grundstücken vom Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten Verwalter herausgegeben. Geht die durch den Gerichtsvollzieher gegen den Schuldner zu erzwingende Uebergabe der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (wo ein solcher vorhanden) bzw. den Schuldner voran, so datiren die Wirkungen der Pfändung (anders als in § 747) von dieser Uebergabe. Der Verwalter, welchem auch eine angemessene Vergütung ausgesetzt werden kann, hat unter der Pflicht der Rechnungslegung die gezogenen Früchte regelmäßig an den Gläubiger abzuliefern. Uebrigens

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 755. Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

Die Zwangsvollstreckung wird von diesem Gericht auf Antrag angeordnet.

N. Entw. §§ 1018, 1019. Entw. I. § 667. Entw. II. § 689. Entw. III. § 702. Mot. S. 438. Prot. S. 408.

---

ist derselbe Beauftragter des Gerichts, welches auch die Geschäftsführung und Rechnungslegung zu überwachen hat (vgl. § 752 Anm. 2).

Ist für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist mit dem Reinertrage nach Analogie von § 751 Abs. 2, 3, event. §§ 758 ff., zu verfahren.

Das Gericht kann aber auch einen anderen Modus, z. B. Verpachtung an den Meistbietenden, wählen (vgl. Wetzell S. 641 ff., Renaud S. 496). Der Gläubiger hat freilich auf alle solche besonderen Maßregeln kein Recht. Auch die „andere Art der Verwerthung" welche § 473 voraussetzt, auf Antrag des Gläubigers zu bestimmen, ist Sache richterlichen Ermessens.

4) *Abs. 4: — „die Veräußerung des Rechts selbst" — im Gegensatz zu: „nur in Ansehung der Ausübung" (Abs. 3). Welche Rechte darunter fallen, beurtheilt sich nach bürgerlichem Recht (vgl. Preuß. ALR. I 17 §§ 60, 63, 64 ꝛc.). Die Veräußerung ist nach Analogie der Veräußerung beweglicher Pfänder (§§ 716 ff.) zu bewirken. Indessen unterliegt auch hier die Wahl der zweckmäßigsten Art der Verwerthung dem Ermessen des Vollstreckungsgerichts (vgl. § 743 Anm. 1). Gegen die Entscheidung des letzteren findet sofortige Beschwerde statt (§ 701).

5) Hinsichtlich der Gebühren s. §§ 729—754 Anm. 2. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung durch Verwaltung (Abs. 2) bildet nach § 32 d. GO. f. RA. eine besondere Instanz der Zwangsvollstreckung (s. § 23 Nr. 2 das.). Vgl. auch GKG. § 39.

Zweiter Titel.

1) Während der N. E. und der Entw. I wenigstens die Zwangsverwaltung (Administration, Sequestration) einheitlich zu regeln suchten, hat die CPO., wie schon die späteren Entwürfe, das ganze Gebiet der Zwangsvollstreckung (wegen Geldforderungen — vgl. § 771; mit Unrecht geht weiter Siebenhaar S. 694) in das unbewegliche Vermögen wegen ihres engen Zusammenhanges mit dem Eigenthums- und Hypothekenrechte grundsätzlich der Landesgesetzgebung überlassen (§ 757 — vgl. auch §§ 747, 811; KO. § 39) und sich nur auf einige wenige, die Zuständigkeit und die Befugnisse des Gerichts betreffende Vorschriften beschränkt. Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Abschnitts (§§ 644—707) sowie die allgemeinen Bestimmungen der CPO. überhaupt, soweit letztere nicht durch besondere, für die Zwangsvollstreckung gegebene Vorschriften ausgeschlossen sind [vgl. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 430, Puchelt II S. 614, Hellmann III S. 127, Seuffert Anm. 1 z. Tit. 2, Petersen §§ 755—757 Nr. 1, Wilm. Levy § 757 Anm. 1, Hauser in s. Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht IV S. 41; Kurlbaum, Die preußische Subhastationsordnung vom 19. März 1869 ꝛc. Stuttgart 1879. S. 3, Jäckel, Die Zwangsvollstreckungsordn. ꝛc. in Immob. 2. Aufl. S. 1, Krech u. Fischer, D. Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbew. Verm., v. 13. Juli 1883 S. 69 ff., 103 ff., 124 ff.] kommen auch bei der vorliegenden Art der Zwangsvollstreckung zur Anwendung (so auch RG. III S. 374) und dürfen landesgesetzlich nur insoweit modifizirt werden, als der Vorbehalt der Landesgesetzgebung — ausdrücklich oder stillschweigend — reicht; im letzteren Falle (s. z. B. bezüglich der Zustellungen § 4 des Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883) treten sie wenigstens als subsidiäre ein. Die Grenze ist bei dem stillschweigenden Vorbehalt oft schwer zu finden; als entscheidend wird anzusehen sein, daß alle Handlungen vom Beginn der eigentlichen Zwangsvollstreckung (§ 671), d. h. alle Handlungen, die das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren betreffen, dem Vorbehalt unterliegen. (So

auch Krech u. Fischer a. a. O. S. 102 ff., 265, Ring in Busch, Zeitschr. VII S. 566 ff. Theilweise abweichend: Schneider, Zur Einführung der Subhastationsordnung v. 13. Juli 1883 in d. Hann. Praxis. Hannover 1884. S. 80 ff., Wolf, Die Eintragung in das Grundbuch zur Vollstreckung einer Forderung usw. Berlin 1886. S. 13, 14, welcher sämmtliche allgemeinen Bestimmungen der CPO. über die Zwangsvollstreckung nur für subsidiäre ansieht.)

2) In Preußen hat das Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 290), die Gegenstände, welche in dieser Beziehung zum unbeweglichen Vermögen gehören, sowie das Verfahren der Zwangsvollstreckung (im engsten Sinne) geregelt. Eine weitere und umfassende Regelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist demnächst für den Geltungsbereich der Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 erfolgt durch das Ges. v. 13. Juli 1883 (GS. S. 131). [Vgl. hierzu die Kommentare v. Krech u. Fischer, Jäckel, Dorendorf, Rudorff, Knorr und die Vorträge von Heidenfeld. Berlin 1884.] Wegen entsprechender Anwendung der meisten Bestimmungen auf gewisse Zwangsversteigerungen besonderer Art s. § 180 das. Nach § 6 d. Ges. v. 4. März 1879 finden die §§ 755 —757 der CPO. sowie die §§ 1—35 d. Ges. v. 4. März 1879 entsprechende Anwendung:

1. auf solche Zwangsvollstreckungen, welche nicht im Wege der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen beantragt sind;
2. auf ein Rangordnungsverfahren (§ 25 a. a. O.), welches nicht in Folge der Zwangsvollstreckung beantragt ist.

[Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 289 ff., 311.]

S. auch Bayer. Ges. v. 23. Febr. 1879 (darüber Ortenau, Subhastationsordn. f. d. Königreich Bayern), Sächs. Ges. v. 4. März 1879 §§ 10—14, Bad. Ges. v. 3. März 1879 Abschn. 2 Tit. IV, Mecklenb. Ges. v. 24. Mai 1879 (v. Amsberg, Verordn. z. Ausf. d. RJustizges. S. 597 ff., 1211 ff.), Hess. Ges. vom 4. Juni 1879 Art. 49—68, 110—186. Wegen Württemberg s. Gaupp III S. 352, 353.

§ 755.

1) Abs. 1: „Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück" — d. h. für alle nach den Landesgesetzen zulässigen Arten dieser Zwangsvollstreckung (wegen der Eintragung in das Hypothekenbuch vgl. § 757 Anm. 5; aber nur „in ein Grundstück", nicht in das unbewegliche Vermögen überhaupt (§ 757 Abs. 1, 2), wobei nicht immer von einem forum rei sitae die Rede sein kann (bezüglich desselben verbleibt es bei der Regel des § 684 Abs. 2 bzw. § 729 Abs. 2). Vgl. Anm. 4.

— „als Vollstreckungsgericht" — also nur für die diesem Gericht nach der CPO. zufallenden Funktionen — vgl. Abs. 2 und § 684 Abs. 1. Im Uebrigen entscheiden auch bezüglich der Zuständigkeitsfrage nach dem Grundsatze des § 757 die Landesgesetze, soweit nicht die allgemeinen Bestimmungen des ersten Abschnitts Platz greifen. Vgl. auch § 757 Abs. 3.

2) Abs. 2: Diese Bestimmung bildet eine der in § 674 Abs. 1 bezeichneten Ausnahmen („soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist").

— „auf Antrag" — nämlich des Gläubigers bzw. dessen Bevollmächtigten (vgl. § 77), welcher sich mit dem vollstreckbaren Titel und den sonstigen Nachweisen (§§ 671—673) unmittelbar an das Gericht zu wenden hat. Eine Form ist nicht vorgeschrieben und darf auch landesgesetzlich nicht vorgeschrieben werden. (Zustimmend Gaupp III S. 354, jetzt auch Seuffert Anm. 2.) Wegen der sonstigen Erfordernisse des Antrags vgl. § 757 Anm. 3. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen (§ 684 Abs. 3); nicht einmal das vorgängige Gehör des Schuldners (vgl. § 119 Anm. 4) ist vorgeschrieben. Vgl. auch § 9 Abs. 1 des Preuß. Ges. v. 4. März 1879.

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31 Abs. 1 (Mot. dazu S. 50).

4) In Preußen finden §§ 755 Abs. 2, 756 bei der Zwangsvollstreckung in Gegenstände

§ 756. Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Betheiligten von dem zunächst höheren Gericht unter Berücksichtigung der im §. 36 enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen.

Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird.

N. Entw. § 1020. Entw. I. § 668. Entw. II. § 690. Entw. III. § 703. Mot. S. 438. Prot. S. 408.

§ 757. Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

---

des unbeweglichen Vermögens außer Grundstücken entsprechende Anwendung (Ges. v. 4. März 1879 § 3, Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 155, 156).

§ 756.

1) Dieser Paragraph enthält eine Anwendung der Bestimmungen des § 36 Nr. 2—4, wodurch § 755 Abs. 1 modifizirt wird. Ueber den ersten Fall (Ungewißheit der Grenzen) vgl. § 36 Anm. 4; über den zweiten (Lage in mehreren Bezirken) das. Anm. 6. Analog wie mehrere Beklagte (§ 36 Nr. 3) sind hier in Abs. 2 mehrere Vollstreckungsgegenstände desselben Schuldners behandelt; jedoch ist die Anordnung (abweichend von Abs. 1: „ist — zu bestellen") nur fakultativ („kann"). Vgl. übrigens EG. z. CPO. § 9. § 36 Nr. 1, 5, 6 sind direkt anwendbar. (Vgl. auch Kurlbaum a. a. O. S. 10.)

2) Abs. 1: — „auf Antrag eines Betheiligten" — also nicht blos des Gläubigers, sondern auch des Schuldners und unter Umständen eines Dritten (vgl. § 680 Anm. 1), selbst wenn die Zwangsvollstreckung bei einem der betreffenden Gerichte bereits begonnen hat. Der Antrag ist formlos und unterliegt nicht dem Anwaltszwang (s. § 37 Anm. 1). Das Landesrecht kommt hier nicht in Betracht. (Zustimmend Gaupp III S. 357, Kleiner III S. 200, Wilm.-Levy Anm. 1, Krech u. Fischer a. a. O. S. 199 Anm. 4. A. M.: Puchelt II S. 615, obLG. f. Bayern in Zeitschr. d. Anw.-Ver. f. Bayern XX Nr. 15.) Unter Abs. 1 gehören auch die Fälle, wenn unbewegliche Pertinenzen in einem anderen Amtsgerichtsbezirke liegen (s. Jäckel a. a. O. S. 45).

— „von dem zunächst höheren Gerichte" — d. h. dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte (vgl. § 36 Anm. 2).

— „unter Berücksichtigung der im § 36 enthaltenen Vorschriften" — Das Allegat des § 36 statt des § 37 beruht anscheinend auf einem Redaktionsfehler, welcher sich schon im Entw. II findet. Der im Entw. I (§ 668) zitirte § 36 entsprach dem jetzigen § 37. (Vgl. auch N. E. § 1020 Abs. 3, Petersen §§ 755—757 Nr. 2, Sarwey II S. 244, Seuffert Anm. 2, Brettner in Busch, Zeitschr. III S. 340 u. A.)

Die Preuß. Ges. v. 4. März 1879 § 4 Abs. 1 und 3 und v. 13. Juli 1883 § 3 wiederholen den Inhalt des § 37 und fügen in Abs. 2 hinzu: „Der Beschluß ist von Amtswegen zuzustellen."

3) Die Bestimmung des zuständigen Gerichts geschieht gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

§ 757.

1) Abs. 1: „Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" — — d. h. nicht blos in Grundstücke, sondern in unbewegliches Vermögen überhaupt, und zwar alle Arten dieser Zwangsvollstreckung (vgl. § 755 Anm. 1), z. B. Zwangsverwaltung (Administration, Sequestration), Zwangsversteigerung. Vgl. Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 2, welches

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes. Auf Vertheilungsstreitigkeiten finden die §§. 765—768 entsprechende Anwendung.

N. Entw. §§ 1021—1032. Entw. I. §§ 669—678. Entw. II. § 691. Entw. III. § 704. Mot. S. 438. Prot. S. 408.

---

auch die Eintragung der vollstreckbaren Forderung in das Grundbuch hierher rechnet (vgl. darüber Krech u. Fischer a. a. O. S. 195 Anm. 4, S. 220 Anm. 4), ferner Ges. über den Eigenthumserwerb rc. v. 5. Mai 1872 §§ 43 ff. (GS. S. 433). Die Zwangsvollstreckung steht zuweilen den Kreditinstituten zu (das. § 71). Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist nicht davon abhängig, daß die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ohne Erfolg stattgefunden hat.

Die bloße Pfändung der Früchte auf dem Halme gehört zur Mobiliarexekution (§§ 714, 725). Im Uebrigen fällt auch die Vollstreckung in das Zubehör mit dem Immobile unter § 757 (s. Rechtspr. d. RG. i. Str.S. IV S. 370, Puchelt II S. 614. A. M. Siebenhaar S. 694 Anm. *). Vgl. unten Anm. 4, §§ 710 Anm. 2 a. E., 714, 715 Nr. 3, 5, KO. § 39 u. Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 206 in Verb. mit § 1 Abs. 2. Der bloße Realgläubiger hat nur diesen Weg; er kann, wenigstens nach preuß. Recht, abgesehen von § 814 (s. § 814 Anm. 2), nicht die zur Immobiliarmasse gehörigen Sachen im Wege der Mobiliar-Exekution angreifen (s. RG. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 503, Niedieck das. XXX S. 532 ff. A. M.: Förster (Eccius) III S. 497 ff., Meyländer in Gruchot, Beitr. XIX S. 668 ff., Heidenfeld das. XXVI S. 503 ff. u. A.)

2) — „einschließlich des — Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens" — z. B. das sog. Aufgebot der Real-Prätendenten bei der Zwangsversteigerung (Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 40 Nr. 8, 9), das Vertheilungsverfahren bei derselben, welches mit einem Aufgebot von Spezialmassen verbunden sein kann (das. §§ 104 ff., 133 ff.), das Vertheilungsverfahren bei der Beschlagnahme der Revenüen oder der Sequestration (Preuß. KO. §§ 416 ff.). Vgl. Anm. 7. Die §§ 824 ff. finden dabei an sich keine Anwendung; indessen haben dieselben in Preußen durch §§ 16, 19 d. Ges. v. 4. März 1879 bzw. § 135 d. Ges. v. 13. Juli 1883 theilweise Anwendung erhalten. (Vgl. Kurlbaum a. a. O. S. 49, 50, 70, Jäckel a. a. O. S. 460.)

3) — „bestimmt sich nach den Landesgesetzen" — Dies gilt von allen dahin einschlagenden Fragen formellen und materiellen Inhalts, soweit nicht die §§ 644—707 (wegen § 701 s. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 113) und rücksichtlich der Zwangsvollstreckung in Grundstücke die §§ 755, 756 entgegenstehen. Es gehören dahin z. B. auch die Fragen, wie das Eigenthum des Schuldners nachzuweisen (Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 § 14), inwiefern und mit welchem Zeitpunkte durch die Administration usw. ein Pfandrecht entsteht (vgl. N. E. § 1027), und inwiefern die Realgläubiger bei der Zwangsvollstreckung zuzuziehen sind (vgl. das. §§ 1030, 1031), sowie die Regelung der Befriedigung der Lehn-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger (vgl. KO. § 45). Für Preußen s. Ges. v. 13. Juli 1883, Eigenthumserwerbsges. v. 5. Mai 1872 §§ 43—47, Rhein. Subhast.-Ord. v. 1. Aug. 1822, Ges. v. 4. März 1879 §§ 17, 25. Ein Verzeichniß der übrigen in Betracht kommenden Landesgesetze s. bei Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 1. Wegen Württemberg s. Gaupp III S. 359—383. Wegen Bayern s. Lippmann in Busch, Zeitschr. IX S. 651 ff.

4) Abs. 2: — „welche Sachen und Rechte — zum unbeweglichen Vermögen gehören" — vgl. § 754 Abs. 1, KO. § 39.

Für Preußen bestimmt demzufolge § 1 d. Ges. v. 13. Juli 1883:

Dritter Titel. Vertheilungsverfahren.

§ 758. Das Vertheilungsverfahren tritt ein, wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht.

N. Entw. § 1038. Entw. I. § 679. Entw. II. § 692. Entw. III. § 705. Mot. S. 438–440. Prot. S. 408.

„In Ansehung der Zwangsvollstreckung gehören zum unbeweglichen Vermögen:

1) Grundstücke,
2) verliehene Bergwerke, unbewegliche Bergwerksantheile und die selbstständigen Kohlenabbau-Gerechtigkeiten in den vormals Sächsischen Landestheilen (Bergwerkseigenthum),
3) solche Schiffmühlen und selbstständige Gerechtigkeiten, welche die Eigenschaft unbeweglicher Sachen haben, außer den unter Nr. 2 bezeichneten,
4) Kauffahrteischiffe und nach Maßgabe des in den einzelnen Landestheilen geltenden Rechts andere zur Frachtschifffahrt bestimmte Schiffsgefäße.

Zu der Immobiliarmasse gehören auch diejenigen beweglichen Gegenstände, auf welche das bezüglich eines unbeweglichen Gegenstandes bestehende Pfand- oder Vorzugsrecht kraft Gesetzes sich miterstreckt."

Vgl. Anm. 1 a. E.

5) — „inwiefern der Gläubiger — bewirken ist" — Hinsichtlich des preuß. Rechts vgl. Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 19 Nr. 3, 22 Abs. 2; Grundb.-Ordn. §§ 35, 41 ff.; Ges. v. 4. März 1879 § 22, Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 6—12, 188, 189, 206, 207, 211 (s. auch Hinrichs, Studien aus dem Gebiete des preuß. Hypothekenrechts u. dazu Schollmeyer in Gruchot, Beitr. XXIX S. 432 ff.). Wegen der Zwangsvollstreckungskosten s. Francke in Busch, Zeitschr. VII S. 74 ff. und Jäckel a. a. O. S. 74, 75. — Da erst die Landesgesetzgebung der Eintragung den Charakter als Vollstreckungsmaßregel gegeben hat, so war dieselbe nicht an die Vorschriften der §§ 672 Abs. 2, 684 gebunden (vgl. Jäckel a. a. O. S. 39 ff. A. M.: Krech u. Fischer a. a. O. S. 222, Ring in Busch, Zeitschr. VII S. 566 ff., jedoch ohne Uebereinstimmung in den Gründen).

Der Name „Hypothekenbuch" begreift auch Grundbücher, Hypothekenregister u. dgl. Bücher ähnlicher Bestimmung in sich (s. Nordd. Prot. S. 2096).

6) Abs. 3 wahrt, unter Modifikation des Abs. 1, zunächst die Anwendung der CPO. überhaupt in den bei der Zwangsvollstreckung entstehenden Spezial-Prozessen (vgl. z. B. Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 113, 114). Das besondere Zuschlags- und Beschwerdeverfahren (vgl. das. §§ 81 ff.) wird dadurch nicht berührt. Vgl. auch EG. z. CPO. § 15 Abs. 2. Wegen der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidungen preußischer Gerichte betreffs des Zuschlags s. RG. III S. 372.

7) Durch den Schlußsatz des Abs. 3 werden auf „Vertheilungsstreitigkeiten" die Bestimmungen des dritten Titels insoweit für anwendbar erklärt, als dieselben sich in den §§ 765—768 finden, d. h. soweit sie sich auf Spezialprozesse beziehen, welche bei Gelegenheit des Vertheilungsverfahrens über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung entstehen. Die §§ 758—764 finden dagegen bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen keine Anwendung; die entsprechenden Vorschriften der Landesgesetze sind vielmehr unverändert aufrecht erhalten.

§ 113 Abs. 2 d. Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 bestimmt jedoch ausdrücklich:

„Die Verhandlung, die Erledigung erhobener Widersprüche und die Ausführung des Planes erfolgen unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§. 762 bis 768 der Civilprozeßordnung."

Abs. 6 das. schützt die Rechte der Gläubiger auf Ausführung des Planes (vgl. auch § 18 des Ges. v. 4. März 1879).

8) Die Gebühren des Gerichts wie des Rechtsanwalts richten sich nach den Landesgesetzen. Vgl. GO. f. RA. § 31 Abs. 2.

Dritter Titel.

1) Das Vertheilungsverfahren — welches freilich nach Einführung des Pfändungspfandrechts (§ 709) seltener geworden ist — beruht auf der Erwägung, daß weder dem Gerichtsvollzieher noch dem Drittschuldner die Uebernahme der Gefahr einer unrichtigen Vertheilung der durch die Zwangsvollstreckung erzielten Geldbeträge unter mehrere betheiligte Gläubiger zugemuthet werden darf.

Im Gegensatz zum franz. Recht (Code de proc. art. 656 ff.; s. auch Bayer. PO. Art. 942, 993, 1025) hat die CPO. dem gem. und dem preuß. Rechte, namentlich aber dem R. E. folgend (vgl. auch Hann. PO. §§ 595 ff., Mot. z. P. E. S. 264, Nordd. Prot. S. 2075 ff.), für die Vertheilung ein Offizialverfahren eingeführt, in Betreff dessen die Mot. äußern:

> „Hat nämlich die Zwangsvollstreckung bereits zur Hinterlegung eines Geldbetrags geführt, so wird ohne Weiteres angenommen, daß die betheiligten Gläubiger die Fortsetzung der Vollstreckung wollen. Der Grund, daß die Partei ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen habe, trifft hier nicht zu, weil sie ihre Geschäfte nicht würde betreiben können, ohne zugleich für alle Gläubiger zu handeln. Von den Betheiligten ist aber keiner in der Lage, die übrigen Betheiligten kennen zu müssen oder gar die thatsächlichen Unterlagen für die Vertheilung beschaffen zu können. Die Einzigen, welche das erforderliche Material in Händen haben, sind bei der Pfändung oder Versteigerung körperlicher Sachen der Gerichtsvollzieher und bei der Pfändung einer Forderung der Drittschuldner. Beide haben aber kein Interesse an dem Betriebe des Vertheilungsverfahrens und daher nur die Pflicht zur Anzeige der Sachlage bei Hinterlegung der zu vertheilenden Summe."

2) Wegen der Gebühren s. GKG. § 42, GO. f. RA. § 39.

§ 758.

1) Die Fälle der hier in Frage kommenden Hinterlegung des Geldbetrages sind in den §§ 728, 750, 751 aufgeführt (vgl. § 759). In dem Falle des § 659 ist ein Vertheilungsverfahren nicht erforderlich, da hier nur der Schuldner konkurrirt. § 752 kommt gemäß § 757 Abs. 3 rücksichtlich der §§ 765—768 in Betracht, aber auch nur wegen dieser (vgl. § 747 Abs. 2; § 757 Abs. 1, 2, § 758 Anm. 3).

2) Die „betheiligten Gläubiger" sind nur solche, welche entweder im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Vollstreckungs- oder Sicherheitsarrestes eine Pfändung bewirkt haben — die Arrestgläubiger stehen nach § 810 den Vollstreckungsgläubigern gleich; die Ueberweisung der Forderung bildet keine Voraussetzung der Betheiligung (vgl. § 760 Anm. 4; s. auch RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1120, Petersen § 758 Nr. 1, Wilm. Levy S. 962 IV, Gaupp III S. 384 u. A. A. M. Sarwey II S. 248) — nicht auch andere Gläubiger, wie z. B. diejenigen, welche ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Pfandrecht beanspruchen (s. § 710 Anm. 3), oder die Intervenienten des § 690, selbst wenn sie ihren Anspruch auf den Erlös richten (s. das. Anm. 3). Es geht dieses aus dem Zusammenhange dieses Titels mit den §§ 728, 750—752, auf welche in § 759 ausdrücklich Bezug genommen wird, deutlich hervor und ist in der RTK. erhobenen Zweifeln gegenüber von den Regierungsvertretern ausdrücklich erklärt worden (Prot. S. 409, 410). Diejenigen, welche ein Pfand- oder Vorzugsrecht besitzen, haben ihren Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage zufolge § 710 (nicht, wie in der RTK. irrthümlich seitens eines Regierungsvertreters bemerkt wurde, nach § 690) geltend zu machen. (So auch Seuffert Anm. 2a, Gaupp III S. 385, Sarwey II S. 247, Petersen § 758 Nr. 2, Endemann III S. 287, Hellmann III S. 130 u. A.; vgl. § 710 Anm. 3.) Den Arrestgläubigern stehen Gläubiger, welche den Drittschuldner gemäß § 744 von dem Bevorstehen der Pfändung benachrichtigt haben, während der dreiwöchigen Frist des § 744 Abs. 2 gleich. (So auch Seuffert Anm. 1, Petersen a. a. O.)

Wegen Zulässigkeit einer Anschlußpfändung vgl. § 728 Anm. 5.

3) Der dritte Titel bezieht sich ausschließlich auf die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (§ 758); die §§ 765—768 finden jedoch auf Vertheilungsstreitigkeiten bei Ge-

§ 759. Das zuständige Amtsgericht (§§. 728, 750—752) hat nach Eingang der Anzeige über die Sachlage an jeden der betheiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen.

N. Entw. § 1039. Entw. I. § 680. Entw. II. § 693. Entw. III. § 706. Mot. S. 439, 440. Prot. S. 408.

§ 760. Nach Ablauf der zweiwöchigen Fristen wird von dem Gericht ein Theilungsplan angefertigt.

Der Betrag der Kosten des Verfahrens ist von dem Bestande der Masse vorweg in Abzug zu bringen.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher bis zur Anfertigung des Theilungsplans der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachgekommen ist, wird nach der

---

legenheit der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen entsprechende Anwendung. Vgl. § 757 Anm. 7.

§ 759.

1) Das Allegat des § 752 beruht auf einem Redaktionsversehen, da nach § 747 Abs. 2 die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen maßgebend sind (vgl. Wilm.-Levy Anm. 1, Sarwey II S. 249, Wach I S. 267 Anm. 2). Eine nochmalige Anmeldung der betheiligten Gläubiger bei Vermeidung des Ausschlusses (vgl. z. B. Code de proc. art. 659 ff., Hann. PO. § 597, Bayer. PO. Art. 944) wird nicht gefordert,

„da die Zwangsvollstreckung bereits Rechte begründet hat, welche auf diese Weise nicht ausgeschlossen werden können" (Mot.).

Vielmehr wird den Gläubigern nur Gelegenheit gegeben, ihre Nebenforderungen, insbesondere an Kosten der Vollstreckung, aufzustellen, überhaupt die Summe ihrer Forderung mit Rücksicht auf Zinsen, Kosten und etwaige Abschlagszahlungen genau anzugeben, und hierauf allein bezieht sich der Ausschluß (§ 760 Abs. 3). Vorausgesetzt ist jedoch, daß die Pfändung sich auch auf die Nebenforderungen erstreckt hat. Im Vertheilungsverfahren ist, abgesehen von den Vollstreckungskosten, eine Ergänzung nicht zulässig. Wegen der übrigen Kosten vgl. § 760 Anm. 3. Die Berechnung kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingereicht werden.

Die „Anzeige" ist die des hinterlegenden Gerichtsvollziehers oder Drittschuldners (§§ 728, 750, 751). Vgl. auch § 760 Anm. 1.

— „betheiligten Gläubiger" — vgl. § 758 Anm. 2. Die „Aufforderung" ist von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). [So auch Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 386, Hellmann, Lehrb. S. 878. A. M. Hellmann III S. 130.]

— „binnen zwei Wochen" — Erst die Anfertigung des Theilungsplans wirkt präklusiv (s. § 760 Abs. 3).

2) Der Lauf der Zinsen wird durch die Eröffnung des Vertheilungsverfahrens nicht gehemmt.

3) Eine Anzeige des etwa beanspruchten Vorrechts kann zweckmäßig sein, ist aber nicht nothwendig, weil ein Anspruch auf prioritätische Befriedigung vom Gerichte von Amtswegen zu beachten ist. Vgl. § 760 Anm. 2.

§ 760.

1) Der Theilungsplan wird auf Grund der eingereichten Berechnung und der von dem Gerichtsvollzieher bzw. Drittschuldner gemachten Anzeige sowie deren Unterlagen (d. h. Urtheil bzw. sonstiger Schuldtitel mit der Vollstreckungsklausel) von dem Amtsrichter aufgestellt; eine mündliche Verhandlung findet vor der Aufstellung nicht statt. Die Aufstellung dient zur Erleichterung der nachfolgenden Verhandlung über die Vertheilung (§ 761); die äußere Art und Weise der Aufstellung bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

2) In materieller Beziehung entscheiden die §§ 709, 728, 750, 751. Es kommt also im Allgemeinen auf die Reihenfolge der Pfändungen an, sofern nicht eines der in § 709

Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Eine nachträgliche Ergänzung der Forderung findet nicht statt.

N. Entw. §§ 1040, 1041. Entw. I. § 681. Entw. II. § 694. Entw. III. § 707. Mot. S. 440. Prot. S. 408.

§ 761. Das Gericht hat zur Erklärung über den Theilungsplan sowie zur Ausführung der Vertheilung einen Termin zu bestimmen. Der Theilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden.

Die Ladung des Schuldners zu dem Termin ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte.

N. Entw. § 1042. Entw. I. § 682. Entw. II. § 695. Entw. III. § 708. Mot. S. 440. Prot. S. 408–410.

Abs. 2 bezeichneten speziellen Vorrechte vorliegt. Ein bloßes privilegium exigendi nach KO. § 54 kommt nicht in Betracht. Vgl. § 709 Anm. 4 a. E.

3) Abs. 2: — „der Kosten des Verfahrens" — d. h. der gemeinschaftlichen Kosten, z. B. der Hinterlegung, des Theilungsplans usw.; vgl. KO. § 51, Mot. z. GKG. S. 101. Die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Vertheilungsverfahren erwachsen, gehören nicht hierher und eignen sich überhaupt nicht (auch nicht nach § 759) zum Ansatz (vgl. KO. § 56 Nr. 2; so auch obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 338, Sarwey II S. 252. A. M.: Wilm. Levy § 759 Anm. 3, Seuffert Anm. 3, v. Bülow Anm. 2, Gaupp III S. 388, jetzt auch Petersen §§ 759–763 II, welche diese Kosten nach § 759 berücksichtigen wollen); die früher (in dem Zwangsvollstreckungsverfahren) erwachsenen Kosten (§ 697) sind neben dem Kapital anzusetzen (§ 759, KO. § 55).

4) Wenn sich unter den betheiligten Gläubigern Arrestgläubiger befinden, so kann, so lange die Forderung derselben noch nicht rechtskräftig feststeht, ein unbedingt zur Geltung kommender Vertheilungsplan noch nicht angefertigt werden. Jener Umstand kann aber die Anfertigung des Plans an sich nicht hindern. Der Amtsrichter hat vielmehr in denselben auch die noch nicht feststehenden Forderungen für den Fall der Feststellung aufzunehmen, zugleich aber darin den anderen Fall, daß die Forderung, zu deren Gunsten Arrest stattfindet, ausfällt, zu berücksichtigen (vgl. die Erklärung des Reg.-Vertreters in der RTK. — Prot. S. 409). Eine Aushändigung des Betrages an die Arrestgläubiger findet jedoch vor Feststellung ihrer Forderungen nicht statt.

5) Abs. 3: Das Präjudiz ist ein ganz unbedingtes und kann auch durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht entkräftet werden (vgl. §§ 208, 209, 211 in Verb. mit § 204).

§ 761.

1) Abs. 1: Die Bestimmung des Termins und die Ladung zu demselben erfolgt, der Natur des Vertheilungsverfahrens als eines Offizialverfahrens entsprechend, von Amtswegen. — Die vorherige Niederlegung des Theilungsplans auf der Gerichtsschreiberei soll die rechtzeitige Abgabe der Erklärung im Termine und die thunlichste Erledigung sämmtlicher Streitpunkte in demselben ermöglichen. Die Unterlassung der rechtzeitigen Niederlegung rechtfertigt für jeden Betheiligten einen Antrag auf Verlegung des Vertheilungstermins („muß"; vgl. Sarwey II S. 253 Anm. 2; Endemann III S. 391), nicht aber eine Anfechtung des Verfahrens von Seiten eines Betheiligten, welcher in diesem Termin ausgeblieben ist oder einen Verlegungsantrag nicht gestellt hat. (So auch Petersen §§ 759–760 III 2, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 389 u. A.)

Selbstverständlich muß die Theilungsmasse herbeigeschafft und nöthigenfalls wieder hinterlegt werden (Wilm. Levy Anm. 1).

2) Abs. 2: vgl. §§ 740, 743. Abgesehen von den Ausnahmefällen des Abs. 2 muß der Schuldner stets geladen werden. Ein in der RTK. gestellter Antrag, den Abs. 2 dahin zu ändern:

§ 762. Wird in dem Termin ein Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben, so ist dieser zur Ausführung zu bringen. Erfolgt ein Widerspruch, so hat sich jeder bei demselben betheiligte Gläubiger sofort zu erklären. Wird der Widerspruch von den Betheiligten als begründet anerkannt oder kommt anderweit eine Einigung zu Stande, so ist der Plan demgemäß zu berichtigen. Wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Plans insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird.

N. Entw. § 1043. Entw. I. § 683. Entw. II. § 696. Entw. III. § 709. Mot. S. 440. Prot. S. 410.

§ 763. Gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, wird angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

„Die Ladung des Schuldners ist nur dann erforderlich, wenn Forderungen angemeldet sind, welche dem Schuldner gegenüber noch nicht rechtskräftig feststehen,"

wurde zurückgezogen und ein Antrag auf Streichung des Abs. 2 abgelehnt, nachdem von dem Regierungsvertreter geltend gemacht worden war, daß einerseits auch ein Schuldner, dessen Verurtheilung rechtskräftig feststehe, ein Interesse habe, sich an dem Vertheilungsverfahren zu betheiligen, schon weil sich nach der Vertheilung der Fortbestand seiner eigenen Verbindlichkeit richte, und daß andererseits die im Abs. 2 statuirte Ausnahme unbedenklich sei, weil bei dem ganzen Verfahren sich nur Gläubiger betheiligen könnten, welche entweder Vollstreckungs- oder Sicherheitsarrest erwirkt haben, an die Arrestgläubiger aber die Auszahlung nicht eher geschehen könne, als bis entweder der vollstreckbare Titel erwirkt oder die Einwilligung des Schuldners zur Auszahlung, welche durch die Beiladung nicht ersetzt werde, erfolgt sei.

3) Die Ladung der Gläubiger muß, wie aus allgemeinen Grundsätzen und aus der auf den Schuldner bezüglichen Ausnahmebestimmung des Abs. 2 sich ergiebt, stets erfolgen. (Der N. E. § 1042 schreibt es ausdrücklich vor.)

4) In Preußen finden die §§ 761—768 auf die Verhandlung über die Dispache entsprechende Anwendung (AG. z. CPO. § 29).

§ 762.

1) Außer dem im Termine erhobenen Widerspruch muß, wie § 763 ergiebt, auch ein vor dem Termine bei dem Gerichte (schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers) erhobener Widerspruch berücksichtigt werden. Vgl. Nordd. Prot. S. 2082. Die Mot. äußern in dieser Beziehung:

„Die Gestattung des Widerspruchs vor dem Termine macht die bis zum Termine verlaufende Frist zu einer Widerspruchsfrist und überhebt dadurch der Nothwendigkeit, eine in diesem Stadium der Sache ganz besonders lästige Restitution gegen eintretende Versäumniß zu gewähren."

— „den Betheiligten" — d. h. bei dem Widerspruch Betheiligten, nämlich denjenigen, deren Forderung durch den Widerspruch berührt wird, nicht „allen betheiligten Gläubigern" im Sinne der §§ 758, 759. Die Berichtigung hat sogleich im Termine zu geschehen.

2) — „sich nicht erledigt" — d. h. in gütlichem Wege dadurch, daß der Widerspruch von den Betheiligten als begründet anerkannt wird oder anderweit eine Einigung zu Stande kommt. Bleibt eine Differenz bestehen, so muß in Gemäßheit des § 764 verfahren werden.

3) Von einem Widerspruch des Schuldners ist hier nicht die Rede. Ein solcher ist, so weit er zulässig, im Wege der Klage geltend zu machen (§§ 686, 687, 765 Anm. 2; vgl. auch Kurlbaum, D. preuß. Subh.-Ordn. ꝛc. S. 75 ff.) Zu Einwendungen gegen die Rangordnung ist der Schuldner überhaupt nicht legitimirt (vgl. Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 254 Anm. 2, Petersen §§ 759—763 IV u. A.).

§ 763.

Nach Inhalt des § 763 und nach Analogie des § 298 steht dem nicht erschienenen Gläu-

Ist ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche betheiligt, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, so wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

N. Entw. § 1044. Entw. I. § 684. Entw. II. § 697. Entw. III. § 710. Mot. S. 440. Prot. S. 410.

§ 764. Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Befugniß des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen.

N. Entw. § 1045. Entw. I. § 685. Entw. II. § 698. Entw. III. § 711. Mot. S. 440. Prot. S. 410.

biger in Betreff des Präjudizes derjenige Gläubiger gleich, welcher im Termine zwar erschienen ist, aber in demselben Widerspruch nicht erhebt bzw. einem Widerspruch, bei welchem er betheiligt ist, sich nicht anschließt. Als „betheiligt" ist jeder Gläubiger anzusehen, dessen Befriedigung beeinträchtigt werden kann, wenn der Widerspruch begründet ist (vgl. §§ 762 Anmerkung 1, 764).

§ 764.

1) Abs. 1: Nach Inhalt desselben ist jeder einzelne Widerspruch in besonderem Prozesse zu erledigen (vgl. Nordd. Prot. S. 2081, 2082); dagegen sind in dem einzelnen Prozesse die mehreren „betheiligten Gläubiger" als Streitgenossen zu behandeln. Auch ist nach § 138 eine Verbindung der besonderen Prozesse zulässig.

2) Die Frist von einem Monate ist eine präklusivische, aber keine Nothfrist (§ 201 Abs. 3). Wegen Verlängerung oder Abkürzung der (gesetzlichen) Frist gilt § 202.

3) Die Frist beginnt auch für den Gläubiger, der nur schriftlich vor dem Terminstage Widerspruch erhoben hat, mit dem Terminstage (Nordd. Prot. S. 2083).

4) — „nachweisen" — durch die Zustellungsurkunde oder sonst. Der Nachweis muß noch innerhalb der Frist geführt werden; daß die Klage in der letzteren erhoben ist, wahrt dieselbe nicht. Nach Ablauf der Frist hat der Amtsrichter von Amtswegen zur Ausführung des Vertheilungsplans zu schreiten.

— „gegen die betheiligten Gläubiger" — vgl. §§ 762 Anm. 1, 763 Anm.

5) Der Abs. 2 stellt außer Zweifel, daß den materiellen Rechten der widersprechenden Gläubiger durch Versäumung der Frist und durch Ausführung des Plans nicht präjudizirt wird; diese Rechte haben lediglich für das Vertheilungsverfahren Bedeutung. Der verletzte Gläubiger, welcher widersprochen hat, kann also nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts kondiziren. (So auch OLG. Cöln in Busch, Zeitschr. VII S. 113, Grisebach das. IX S. 270.) Der nicht erschienene Gläubiger ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 763 Abs. 1 als einwilligend anzunehmen, also auch hier dem widersprechenden nicht gleichzustellen (vgl. Wilm.-Levy Anm. 4, Gaupp III S. 394, OLG. Bamberg in Busch, Zeitschr. VI S. 139 ff., Jäckel a. a. O. S. 390. A. M.: Seuffert Anm. 2, Kroch u. Fischer, a. a. O. S. 332, Hellmann, Lehrb. S. 880).

6) Für Preußen finden nach § 18 des Ges. v. 4. März 1879 u. § 113 des Ges. v. 13. Juli 1883 die Vorschriften des § 764 auch auf die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen entstehenden Vertheilungsstreitigkeiten Anwendung (s. § 757 Anm. 7). Dieselben sind auf Ansprüche der Realgläubiger, des Extrahenten der Zwangsversteigerung und des Schuldners begrenzt (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1176 ff.). Vgl. auch § 25 Abs. 2 des Ges. v. 4. März 1879 wegen des rheinischen Rangordnungsverfahrens. (S. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 300 ff., 305.)

§ 765. Die Klage ist bei dem Vertheilungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat.

Das Landgericht ist für sämmtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämmtlichen betheiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

N. Entw. § 1046. Entw. I. § 686. Entw. II. § 699. Entw. III. § 712. Mot. S. 440. Prot. S. 410.

---

§ 765.

1) Die Klage des § 765 setzt ein noch schwebendes Vertheilungsverfahren voraus (§ 764 Abs. 1) und bezieht sich nicht auf die Kondiktion wegen unrichtiger Vertheilung (vgl. § 764 Anm. 5, RG. in Gruchot, Beitr. XXIX S. 121, Fitting im civ. Arch. 61 S. 437, Sarwey II S. 259, Gaupp III S. 395, Wilm. Levy Anm. 2, Grisebach a. a. O. S. 269 u. A. A. M. Endemann III S. 295). Dieselbe hat die Natur einer Anfechtungsklage wider eine vorläufige Feststellung; vgl. §§ 605, 620, 624, 626, 834, 867.

„Derjenige Gläubiger, welcher dem aufgestellten Vertheilungsplane widerspricht, hat die Rolle des Klägers zu übernehmen, da dessen Gegner die dem Gerichte bei Aufstellung des Planes vorliegenden Urkunden auf ihrer Seite haben". (Mot.)

Sie bildet einen Zwischenstreit im Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. § 77, OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 277).

2) Die Klage kann sich nicht nur auf die Priorität, sondern auch auf den Bestand (die Verität) einer betheiligten Forderung beziehen. Während allerdings seitens des Schuldners Einwendungen gegen den Inhalt des zu vollstreckenden Urtheils, z. B. auf Grund später erfolgter Zahlung, vor dem Prozeßgerichte zur Erledigung zu bringen sind (vgl. §§ 686, 705, 762 Anm. 3, Nordd. Prot. S. 2079, 2080), kann jeder Gläubiger auch dadurch sich einen besseren Platz zu verschaffen suchen, daß er die Gültigkeit (den Bestand) einer ihm vorgehenden oder gleichstehenden Forderung angreift, sei es auf Grund von an sich dem Schuldner zustehenden Einwendungen oder mittels Anfechtung auf Grund des Paulianischen Rechtsmittels (s. Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 § 2 [RGBl. S. 277]). Nur so sind Kollusionen zwischen dem Schuldner und einzelnen Gläubigern zu vermeiden; insbesondere bei Arrestgläubigern, welche der Schuldner vielleicht absichtlich nicht nach § 806 zur Klage nöthigt. [Ebenso Seuffert § 764 Anm. 1, Hellmann III S. 133 u. Lehrb. S. 879, Gaupp III S. 392—394, Wilm. Levy § 764 Anm. 1, jetzt auch Petersen §§ 764—768 I 1, ferner Krech u. Fischer a. a. O. S. 532 ff., Jäckel, Anfechtungsrecht S. 176 ff., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 39 Nr. 277, wenigstens insoweit, als dem den Vorrang beanspruchenden Gläubiger das nach vollendeter Pfändung durch Zahlung erfolgte Erlöschen seiner Forderung entgegengestellt wird. A. M.: früh. Aufl., Puchelt II S. 627 Anm. 6, Sarwey II S. 256 ff., Rocholl in Busch, Zeitschr. VIII S. 416, Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 617 Anm. 2 u. bei Arrestgläubigern Kleiner III S. 211. In der Nordd. Prozeßkommission wurde die Frage nach beiden Seiten hin erörtert, blieb aber unentschieden (Nordd. Prot. a. a. O.). Auch die Mot. ergeben keinen Stützpunkt; dagegen sprechen für die erstere Ansicht die Mot. zum Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 S. 15 sowie §§ 18 bzw. 113, 114 der Preuß. Ges. v. 4. März 1879 u. v. 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstr. in d. unbewegl. Vermögen. Vgl. auch KO. § 132.]

3) Der Gerichtsstand, wie er in den Abs. 1 und 2 geregelt wird, ist nach § 707 ein ausschließlicher. Vgl. jedoch Anm. 5 a. E.

4) Abs. 1: Wegen des Zusammenhangs der Klage mit dem ganzen Vertheilungsverfahren bildet die Zuständigkeit des Vertheilungsgerichts (s. § 759) die Regel, welche jedoch wiederum mit Rücksicht auf die beschränkte sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte hat modifizirt werden müssen. Eine Analogie findet sich in § 710.

§ 766. In dem Urtheile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, ist zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Theil der Masse auszuzahlen sei. Wird dies nicht für angemessen erachtet, so ist die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Vertheilungsverfahren in dem Urtheile anzuordnen.

N. Entw. § 1047. Entw. I. § 687. Entw. II. § 700. Entw. III. § 713. Mot. — Prot. S. 410.

§ 767. Das Versäumnißurtheil gegen einen widersprechenden Gläubiger ist dahin zu erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei.

N. Entw. § 1048. Entw. I. § 688. Entw. II. § 701. Entw. III. § 714. Mot. — Prot. S. 410.

§ 768. Auf Grund des erlassenen Urtheils wird die Auszahlung oder das anderweite Vertheilungsverfahren von dem Vertheilungsgericht angeordnet.

N. Entw. § 1049. Entw. I. § 689. Entw. II. § 702. Entw. III. § 715. Mot. — Prot. S. 410.

„Streitgegenstand" — d. h. hier der Betrag, dessen andere Vertheilung von einer Seite beantragt wird. (So auch Petersen §§ 704—708 II i. A., Sarwey II S. 259 u. A. Zweifelnd Endemann III S. 296.)

5) Abs. 2: Die Bestimmungen des Abs. 2 erklären sich aus dem Bestreben, eine möglichst rasche und einheitliche Entscheidung aller Widersprüche herbeizuführen. Der Schlußsatz „sofern — entscheiden solle" enthält eine Modifikation des Grundsatzes der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes. Eine stillschweigende Prorogation kann nicht stattfinden (§ 39). Der Schuldner hat kein Widerspruchsrecht (Kleiner III S. 213).

Die Kammern für Handelssachen sind niemals zuständig, weil durch die Klage niemals einer der in § 101 des GVG. bezeichneten Ansprüche geltend gemacht wird (s. auch Seuffert Anm. 2, 3, Endemann III S. 296 Anm. 4, Gaupp III S. 395 u. A. A. M. Puchelt II S. 627 Anm. 7). Vgl. auch § 660 Anm. 4.

6) Das Verfahren ist das regelmäßige mit den in §§ 766, 767 enthaltenen Besonderheiten.

§ 766.

1) Das Vertheilungsgericht ist im Falle des Satz 2 an die rechtliche Auffassung des Urtheils gebunden.

2) Ein Antrag, den zweiten Satz zu streichen, weil es immer leicht möglich sein werde, in das über den Widerspruch entscheidende Urtheil die in dem ersten Satze angegebene Verfügung aufzunehmen, wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem von dem Vertreter der Reichsregierung bemerkt worden war, die Trennung des Vertheilungsverfahrens vom Urtheile sei hauptsächlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Berufung im Falle der Abweisung des Widerspruchs zugelassen; das Berufungsgericht, welches ein den Widerspruch abweisendes Urtheil reformire, solle nicht nothwendig mit dem ganzen Vertheilungsverfahren belastet werden.

3) Wird die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Vertheilungsverfahren angeordnet, so finden die §§ 760—765 von neuem Anwendung. Selbstverständlich kann jedoch ein Widerspruch nicht auf Gründe gestützt werden, mit welchen der betreffende Gläubiger in dem früheren Vertheilungsverfahren rechtskräftig zurückgewiesen oder präkludirt ist.

§ 767.

1) Vgl. § 295. Die in § 767 enthaltene Modifikation dieser allgemeinen Vorschrift steht mit § 768 in innerer Verbindung. Vgl. Nordd. Prot. S. 2082. Der Einspruch gegen das Versäumnißurtheil ist nach der allgemeinen Regel des § 303 zuläßig.

2) — „als zurückgenommen" — Dem Kläger steht mithin auch nicht mehr eine Klage nach § 764 Abs. 2 zu (vgl. Sarwey II S. 260, Petersen §§ 764—768 III 3 u. A.).

§ 768.

Ob das Eine oder das Andere angeordnet wird, entscheidet sich nach dem Inhalt des Ur-

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 769. Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

N. Entw. § 1051. Entw. I. § 691. Entw. II. § 703. Entw. III. § 716. Mot. S. 441. Prot. S. 410—412, 445, 446, 572—581.

---

theils (§ 766). Die Anordnung von Seiten des Vertheilungsgerichts ergeht zwar von Amtswegen, jedoch immer erst nach Rechtskraft des Urtheils, welche von den Parteien nachzuweisen ist (vgl. § 645). Von einer vorläufigen Vollstreckbarkeit kann hier nicht die Rede sein. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm., Petersen §§ 764—768 III 2, Sarwey II S. 261 u. A.)

Dritter Abschnitt.

1) Der dritte Abschnitt behandelt — im Gegensatze zum zweiten — die Zwangsvollstreckung, soweit sie nicht zur Befriedigung von Geldforderungen dient (sog. Realexekution). Die §§ 769—772 betreffen die Erwirkung der Herausgabe bzw. Leistung von Sachen (die Ueberschrift des Abschnitts ist unvollständig), und zwar §§ 769, 770 von beweglichen [entweder mehr oder weniger individuell (§ 769) oder nur generisch bestimmten, vertretbaren (§ 770)], § 771 von unbeweglichen Sachen und bewohnten Schiffen, während § 772 den Fall behandelt, wenn die Sache sich im Gewahrsam eines Dritten befindet; die §§ 773—777, 779 betreffen die Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen. Eine gemeinsame Bestimmung enthält § 778. In der erstgedachten Gruppe von Fällen findet ein unmittelbarer Zwang statt. In den Fällen der §§ 773 ff. dagegen ist zwar nicht minder die wirkliche Erfüllung das Ziel der Zwangsvollstreckung; der Zwang gegen den Schuldner ist aber mehr oder minder beschränkt und wird meistens nur auf mittelbarem Wege durchgeführt.

2) Die bei einer Zwangsvollstreckung auf Grund dieses Abschnitts bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern sowie gegen einen gesetzlichen Vertreter entstehenden Fragen lösen sich nach allgemeinen Grundsätzen bzw. nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles (vgl. Endemann III S. 303, 304, Gaupp III S. 400, 401).

§ 769.

1) Abs. 1: „Hat — herauszugeben" — gemeint sind erstens — dingliche oder persönliche — Ansprüche auf Herausgabe (dare, tradere, restituere, edere, exhibere) einer einzelnen oder mehrerer individuell bestimmten beweglichen Sachen (species) — nicht auch auf Herausgabe eines ideellen Antheils an solchen — und zweitens Ansprüche auf Herausgabe einer Quantität von an sich vertretbaren, jedoch durch die in dem Urtheile enthaltene Beschränkung mehr oder weniger, obschon nicht vollständig, individualisirten beweglichen Sachen, z. B. 20 Sack von dem auf Lager des Beklagten befindlichen Java-Kaffee oder die Hälfte

dieses Kaffees (s. Prot. S. 572, 605). Diese Ansprüche bilden den Gegensatz zu den Ansprüchen auf Leistung von vertretbaren Sachen oder Werthpapieren in den Fällen des § 770 (s. das. Anm. 1 u. 2). Sowohl bei den Ansprüchen der ersten als bei denen der zweiten Art unterstellt das Urtheil (im Gegensatz zu § 772) stets, daß die Sachen sich im Gewahrsam des Schuldners befinden.

— „von dem Gerichtsvollzieher — übergeben" — Der Gerichtsvollzieher hat bei der Wegnahme nach den §§ 678 ff. zu verfahren (vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 94). Bestreitet der Schuldner die Identität der von dem Gerichtsvollzieher weggenommenen Sachen, so hat er die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts anzurufen (§ 685). Abgesehen hiervon wird der Schuldner durch die Wegnahme von der Verpflichtung aus dem Urtheil befreit. War das Urtheil auf Eigenthumsübertragung gerichtet, so macht der Gerichtsvollzieher durch Uebergabe der Sache den Gläubiger regelmäßig, nämlich insofern der Schuldner selbst Eigenthümer war, zum Eigenthümer (Windscheid, Pand. I § 193 Anm. 5, Wetzell S. 647 Anm. 82). Vgl. auch § 779.

2) In den Fällen der zweiten Art hat der Gerichtsvollzieher statt des Schuldners die Ausscheidung aus dem größeren Ganzen (z. B. aus der im Urtheil erwähnten Schiffsladung) vorzunehmen. Auch wenn nur ein Theil der zugesprochenen Quantität vorgefunden wird, ist andrerseits selbstverständlich die Wegnahme zulässig (vgl. Endemann III S. 308).

3) Abs. 2: Der Offenbarungseid (s. § 711) ist nöthig, weil das Interesse nicht immer in Gelde nachweislich ist, sowie mit Rücksicht auf Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (vgl. Preuß. AGO. I 24 § 56, Hann. PO. § 547). Die vorgeschriebene Norm enthält weder einen promissorischen Theil noch die (vom N. E. aufgenommene) eidliche Ablehnung einer (nach StrGB. § 288 strafbaren) Beiseiteschaffung (s. auch § 711 Anm. 3). Sie schließt, wie die Mot. hervorheben, nicht die Verpflichtung des Schuldners aus, alles, was ihm über den Verbleib der Sache bekannt ist, anzugeben. Der Richter wird ihn in dieser Beziehung vor der Eidesleistung zu belehren haben (§ 442), damit sich hinter dem „nicht wisse" nicht Irrthümer oder Mentalreservationen verbergen. (Vgl. § 391 Anm. 2, Krech in Gruchot, Beitr. XXVI S. 230 ff.) Auch im Falle der Anzeige erledigt sich die Verpflichtung des Schuldners erst mit der wirklichen Leistung des Eides. Ergeben sich Anzeichen, daß der Leistung des Eides ungeachtet die Sache dennoch später vorhanden ist, so wird das Gericht auf Antrag des Gläubigers causa cognita eine nochmalige Leistung des Eides fordern dürfen, wie in der Nordd.-Proz.-Kom. als selbstverständlich galt (Nordd. Prot. S. 2058) und die Mot. (S. 445) anerkennen. (S. auch Petersen §§ 769—772 I 4 a. E., Krech a. a. O. S. 232.) Ueber das Verfahren und die eventuelle Haft s. §§ 780 ff.

— „auf Antrag des Gläubigers" — Der Antrag äußert sich nur in der Ladung zur Leistung des Offenbarungseides (§ 781). Eine Entscheidung des Prozeßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts braucht nicht voranzugehen (s. Krech a. a. O. S. 235 ff., welcher aber Endemann irrthümlich die entgegengesetzte Meinung zuschreibt). Der Gläubiger kann auch statt des Offenbarungseides sofort das Interesse fordern.

Nach den §§ 808, 815 findet § 769 auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung (Francke, Offenbarungseid S. 6 ff.).

4) Abs. 3: Diese, wörtlich mit § 391 Abs. 2 übereinstimmende Vorschrift ist auf Antrag des Abg. Wolffson von der RTK. eingeschaltet.

5) Die Entwürfe enthielten noch die Bestimmung:

„Die Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung erlischt durch Leistung des Interesse".

Nachdem von der RTK. anfänglich ein Antrag, vor „Interesse" einzuschalten: „geforderten oder zuerkannten", angenommen worden war, wurden in Folge der von der Redaktions-Kommission erhobenen Bedenken sowohl dieser Antrag als der ganze Schlußsatz abgelehnt, über dessen Sinn

§ 770. Hat der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zu leisten, so findet die Vorschrift des §. 769 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 1051. Entw. I. § 691. Entw. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 561, 562, 572—581, 604—606.

---

und materielle Berechtigung mannichfache Zweifel obwalteten. Die in Rede stehende Frage regelt sich somit nach bürgerlichem Recht. Es wird sich fragen, in welchem Sinne die Leistung angenommen ist, ob mit oder ohne Vorbehalt des Anspruchs auf die Sache selbst. Vgl. Nordd. Prot. S. 2058, 2059. (So auch Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 263, Petersen §§ 769—772 I 5, Hellmann III S. 137, Gaupp III S. 404 u. A.)

6) Ist der Offenbarungseid geleistet, so bleibt dem Gläubiger nur noch der Anspruch auf Leistung des Interesse (§ 778). Anschaffung durch einen Dritten oder Zwang durch Strafen findet nicht statt (§ 773 Abs. 3).

7) Für Ansprüche auf Herausgabe von Personen ist § 769 entsprechend anzuwenden, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bestätigte (Prot. S. 414). Es würde sonst ganz an einer bezüglichen Vorschrift mangeln. (Zustimmend: Petersen §§ 769—772 I 3, Seuffert Anm. 1, Hellmann III S. 136, Gaupp III S. 404, Kleiner III S. 216, 217, Francke, Offenbarungseid S. 13 ff. u. A.; vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 96. A. M.: OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 38 Nr. 195, OLG. Stuttgart das. Nr. 289, Wilm.-Levy Anm. 5, Endemann III S. 304 Anm. 1, 317 Anm. 4, welche die §§ 773, 774 anwenden wollen.)

8) Wegen der Gebühren des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 6.

§ 770.

1) Während der N. E. und Entw. I durch eine weitere Fassung des jetzigen § 769 („eine bestimmte Quantität beweglicher Sachen") auch den Fall zu decken scheinen, wenn es sich um nur generisch bestimmte vertretbare Sachen handelt (vgl. auch P. E. § 1035 und Mot. z. P. E. S. 255; Nordd. Prot. S. 2057, 2058), ist jene Vorschrift in den späteren Entwürfen auf bestimmte bewegliche Sachen beschränkt worden (s. § 769 Anm. 1). In der RTK. machte der Abg. v. Puttkamer bei der 2. Lesung auf die dadurch hervortretende Lücke aufmerksam und beantragte, dem § 769 als Abs. 4 hinzuzufügen:

„Bei Zwangsvollstreckungen auf Herausgabe oder Lieferung von Quantitäten vertretbarer Sachen findet die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung."

Von dem Regierungs-Vertreter (v. Amsberg) wurde eingewendet, der Fall, wo an sich vertretbare Sachen, welche aber durch einen äußeren Umstand individualisirt worden, herauszugeben seien, werde bereits durch § 769 Abs. 1 getroffen; in den anderen Fällen, namentlich bei der Verurtheilung zu Lieferungen, seien die Schwierigkeiten, welche sich hinsichtlich der Qualität der wegzunehmenden Sachen sowie bei Anwendung der Begriffe „Genus, Species, vertretbar" ergeben könnten, zu groß, um die Wegnahme von Sachen der fraglichen Art durch den Gerichtsvollzieher zuzulassen. Von anderer Seite machte man geltend, daß Lieferungsansprüche überhaupt nicht in natura vollstreckbar, sondern zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen umzusetzen seien, und daß in der Verpflichtung, zu liefern, noch nicht die Verpflichtung liege, eine zufällig im Besitze des Schuldners befindliche Sache der betreffenden Art herauszugeben. Endlich erklärte sich jedoch die Mehrheit dafür, daß die Vollstreckung von Urtheilen auf Lieferung vertretbarer Sachen in Gemäßheit des Antrages v. Puttkamer stattfinden solle. In der Redaktions-Kommission ergaben sich neue Schwierigkeiten, weil man nicht einig war, inwiefern der Offenbarungseid auf die Leistung vertretbarer Sachen anzuwenden sei. Von den beiden Vorschlägen, welche sie vorlegte, wurde der der Mehrheit, welcher den Offenbarungseid für alle Fälle, auch den einer bloßen Lieferung, zulassen und somit nur den § 769 Abs. 1 u. 2 entsprechend umgestalten wollte, abgelehnt und der des Abg. Becker — die Fassung des § 770 — angenommen.

§ 771. Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen.

Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn

---

2) „Hat der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zu leisten" — Diese Bezeichnung der durch §§ 770 betroffenen Ansprüche schließt sich dem Ges. v. 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) an. [Vgl. auch §§ 555, 628, 702 Nr. 5; Windscheid, Pand. I § 142.] Der Ausdruck „leisten" im Gegensatz von „herausgeben" (§ 769 Anm. 1) deutet an, daß, wie hier unterstellt wird, das Urtheil ohne Rücksicht auf solche Sachen ergangen ist, welche sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Es werden daher namentlich Lieferungsansprüche betroffen, wonach der Schuldner zur Anschaffung von Sachen der betreffenden Art verpflichtet ist (vgl. HGB. Art. 271 Nr. 2, 338). Ein unmittelbarer Zwang zur Anschaffung ist freilich auf Grund des § 770 nicht möglich (vgl. Anm. 4). Besteht die Verpflichtung in der Hinterlegung der Sachen bei einem Dritten, so sind nur die §§ 773 ff. anwendbar (RG. in Jur. Wochenschr. 1881 S. 156). Ob sich thatsächlich Sachen der bestimmten, vom Schuldner zu liefernden Art in dem Gewahrsam desselben vorfinden [vgl. Plenar-Präj. des preuß. OT. Nr. 1755 (Entsch. 13 S. 57)], ist erst von dem Gerichtsvollzieher, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, zu prüfen. Das Verfahren des Gerichtsvollziehers richtet sich nach § 769 Abs. 1. (S. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 94 Abs. 3). Wegen etwaiger Versehen kann jeder Theil das Vollstreckungsgericht nach § 685 anrufen. Gegen die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung wird der Schuldner sich unter Umständen nach § 686 schützen. (Vgl. auch Petersen §§ 769—772 I 7, Endemann III S. 311, Wilm. Levy Anm. 2 ꝛc.)

— „eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere" — vgl. § 555 Anm. 1. Es ist nicht gerade eine Mehrheit von Sachen erforderlich. Die Sachen und Werthpapiere müssen objektiv vertretbar sein, d. h., wie in der RTK. ohne Widerspruch bemerkt wurde, im Verkehr nach Maß, Gewicht oder Zahl bestimmt werden. Allerdings wird es hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 770 immer darauf ankommen, ob das Urtheil (bzw. der sonstige vollstreckbare Titel) die zu leistende Sache als eine solche behandelt hat, welche durch andere derselben Gattung vertreten werden kann. Auch in dieser Beziehung wird stets das Urtheil ꝛc. maßgebend sein müssen. Insofern fällt die generische Obligation, das legatum generis etc. unter § 770. (Vgl. Fitting § 95 Anm. 4 sowie im civ. Arch. 61 S. 438, Sarwey II S. 264, Endemann III S. 312 u. A.) S. übrigens § 773 Anm. 5. Darüber, daß umgekehrt eine an sich vertretbare Sache unter Umständen wie eine nicht vertretbare behandelt werden muß, vgl. § 769 Anm. 1.

3) Abs. 1 des § 769 findet nur entsprechende Anwendung, d. h. wenn der Schuldner Sachen, zu deren Leistung er verurtheilt ist, besitzt (nämlich zur Zeit der Zwangsvollstreckung). Da nur jener für anwendbar erklärt ist, so sind die vom Offenbarungseide handelnden Absätze 2 und 3 des § 769 nicht anwendbar. Dies ist um so unzweifelhafter, als der von dem entgegengesetzten Standpunkte ausgehende Antrag der Mehrheit der Redaktions-Kommission (vgl. Anm. 1) abgelehnt worden ist.

4) Finden sich Sachen der in Rede stehenden Art nicht, so bleibt dem Gläubiger nur der Anspruch auf Leistung des Interesse (§ 778). Auch hier giebt es keinen weiteren Zwang (s. §§ 769 Anm. 6, 773 Anm. 5). Indessen kann unter Umständen strafrechtliche Ahndung eintreten. (StrGB. § 329).

5) § 770 enthält keine Aenderung des materiellen preuß. Rechts, wenngleich dieses die Lieferungsverträge unter den „Verträgen über Handlungen" aufführt (ALR. I 11 §§ 981 ff.).

dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen.

Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen.

N. Entw. § 1052. Entw. I. § 692. Entw. II. § 704. Entw. III. § 717. Mot. S. 441. Prot. S. 412. 164. Sitzg. Anlage K. S. 10.

---

§ 771.

1) Abs. 1: § 771 handelt von der Vollstreckung der Urtheile auf Herausgabe, Ueberlassung oder Räumung einer unbeweglichen Sache (vgl. z. B. GVG. § 23 Nr. 2) oder eines bewohnten Schiffs einschließlich der Schiffsmühlen (Nordd. Prot. S. 2059). Ob die Herausgabe ꝛc. behufs Einräumung des Eigenthums, Besitzes oder Gewahrsams erfolgen soll, ob der Anspruch dinglicher oder persönlicher Natur ist, ist unerheblich. (So auch Seuffert Anm. 1, Puchelt II S. 634, Sarwey II S. 264 u. A. A. M. Siebenhaar S. 705.) Der Begriff „unbewegliche Sache" bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht; da indessen (körperlicher) Besitz des Schuldners vorausgesetzt ist, so sind nur Grundstücke im eigentlichen Sinne gemeint; bei unkörperlichen Immobilien sind die §§ 773 ff. anzuwenden (Gaupp III S. 407, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.). Auf einzelne Theile einer unbeweglichen Sache findet § 771 insoweit Anwendung, als an dem Theil körperlicher Besitz möglich ist (z. B. auf Räumung einzelner Zimmer), dagegen nicht auf Einweisung in ideelle Theile. Bewegliche Sachen können als Zubehör unter Abs. 1 fallen (vgl. Preuß. AGO. I 24 § 61, Nordd. Prot. S. 2059).

Nähere Instruktionen, wie der Gerichtsvollzieher bei der Exmission und Einweisung zu verfahren hat, können die Reglements enthalten (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 95 Abs. 1—3). Eine Leitung durch eine Gerichtsperson (s. AGO. I 24 §§ 59, 60) wird jedoch nach § 674 nicht angeordnet werden können.

Hinsichtlich der Gebühren des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 8 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2.

2) Abs. 2—4: Diese Vorschriften beziehen sich auf bewegliche Sachen (des Schuldners oder Dritter), welche nicht, wie unstreitige Pertinenzstücke des Grundstücks oder Schiffs, Gegenstand der Zwangsvollstreckung nach Abs. 1 sind (vgl. AGO. I 24 § 60, Hann. PO. § 548, Bayer. PO. Art. 801 ꝛc.). Ist der Schuldner oder ein Vertreter desselben anwesend, so ist der Gerichtsvollzieher zur Fürsorge für die herausgeschafften Sachen nicht verpflichtet (Nordd. Prot. S. 2059, 2060). Als Vertreter gelten aber nur die in Abs. 2 bezeichneten Personen. Daß die zur Familie des Schuldners gehörige oder in derselben dienende erwachsene Person Hausgenosse des Schuldners sei, ist nicht nothwendig (s. auch § 679 Anm. 1; anders § 166).

— „in das Pfandlokal" — vgl. Preuß. GVO. § 33, Gesch.-A. f. d. GV. § 68

Weitere Vorschriften als die in Abs. 2, 3 enthaltenen, können, wie auch die Mot. hervorheben, den Gerichtsvollziehern durch die Reglements ertheilt werden (vgl. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 95 Abs. 4—7).

3) Abs. 4: Die Mot. sagen zwar:

„Der endliche Verkauf der von dem Gerichtsvollzieher untergebrachten Mobilien im Falle verzögerter Abforderung ist zur Abwicklung der Sache unentbehrlich. Die nöthigen Anträge sind von dem Verwahrer zu stellen, da der Gerichtsvollzieher, nachdem er in Vertretung des Schuldners die Unterbringung ausgeführt hat, aus dem Verfahren ausscheidet.

In der RTK. ist jedoch authentisch konstatirt, daß ein Antrag zu der Anordnung des

§ 772. Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen.

N. Entw. § 1053. Entw. I. § 693. Entw. II. § 705. Entw. III. § 718. Mot. S. 441. Prot. S. 412.

§ 773. Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

Verkaufs überhaupt nicht erforderlich ist. Ein Vorschlag, hinter „Vollstreckungsgericht" einzuschalten: „auf Antrag des Verwahrers", wurde zurückgezogen. Die Anordnung kann somit, sei es von Amtswegen oder auf Antrag des Verwahrers oder einer anderen Person, welche ein Interesse dabei hat, getroffen werden. (Vgl. auch Seuffert Anm. 4, Petersen §§ 769—772 II 3, Sarwey II S. 266 u. A.) Das Vollstreckungsgericht bedarf keiner Anregung von außen (wie Endemann III S. 315 als Regel voraussetzt).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung); GO. f. RA. § 23 Nr. 2.

§ 772.

1) Wenn nicht ausnahmsweise (vgl. §§ 73 Abs. 4, 665, 713 Anm. 2) unmittelbare Zwangsvollstreckung gegen den Dritten zulässig ist, kann die (bewegliche oder unbewegliche) Sache, welche den Gegenstand des Urtheils bildet, in dem fremden Gewahrsam, da in diesen die Zwangsvollstreckung nicht ohne Weiteres eindringen darf (vgl. §§ 710 Anm. 2, 712 Anm. 2), nur mittels Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe erreicht werden. Die Fassung ist nicht genau. Der Ueberweisung muß auch hier die Pfändung vorangehen (vgl. §§ 730, 736. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 883), und nicht die Vorschriften von der Pfändung einer Geldforderung allein, sondern die von der Pfändung und Ueberweisung einer Geldforderung (also die §§ 729—731, 735—742) sind anzuwenden. Die Ueberweisung an Zahlungsstatt sowie die §§ 743, 744 sind unanwendbar; ebenso die §§ 745—748, 751—753, weil sie Pfändung wegen einer Geldforderung voraussetzen. Die Herausgabe erfolgt an den Gläubiger selbst, nicht an den Gerichtsvollzieher oder Sequester. (Vgl. auch Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 769—772 III, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. hinsichtlich der §§ 745 ff.: früh. Aufl., Sarwey II S. 267, Gaupp III S. 409, Puchelt II S. 634, 635.)

Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß ein solcher Anspruch des Schuldners besteht. Ist dies nicht der Fall, die etwa dennoch erlangte Ueberweisung zur Einziehung also unwirksam, so bleibt dem Gläubiger nur der Anspruch auf das Interesse (§ 778). Vgl. § 773 Abs. 3.

2) Die Bestimmung beschränkt sich auf den Fall, wenn nach Bestimmung des Urtheils eine (bewegliche oder unbewegliche) Sache herauszugeben ist (§§ 769 Anm. 1, 771 Anm. 1). Eine entsprechende Anwendung auf die anderen Fälle des § 771 rechtfertigt sich aus der gleichen ratio. Dagegen paßt die Bestimmung nicht auf die Leistung vertretbarer Sachen (§ 770). [Zustimmend: Petersen a. a. O., Sarwey a. a. O., Endemann III S. 315, Gaupp a. a. O., Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Puchelt II S. 635.]

3) Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung); GO. f. RA. § 23 Nr. 2.

§§ 773—779.

1) Im Gegensatz zum röm. Recht und der freilich durch manche Ausnahmen durchbrochenen Regel des franz. Rechts [L. 13 § 1 D. de re jud. (42. 1); Code civ. art. 1142—1144; Code de proc. art. 551, 552] stellt die CPO. die auch in der gemeinrechtlichen Praxis (s. Wetzell S. 649, 650, Renaud S. 511 ff.) angenommene Zulässigkeit des direkten Zwangs bei allen auf ein Handeln oder Unterlassen bzw. Dulden (facere oder non facere)

Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurtheilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

N. Entw. § 1054. Entw. I. § 694. Entw. II. § 706. Entw. III. § 719. Mot. S. 442, 443. Prot. S. 413, 573, 580—583, 604—606.

---

gerichteten Verpflichtungen als Regel auf (vgl. die allg. Bem. zum dritten Abschn.). Die Mot. äußern darüber:

> „Dem Schuldner soll nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassen der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung, den Gläubiger auf die Forderung des Interesse zu beschränken, welche wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist. Berücksichtigt ist nur, daß ein Zwang gegen den Schuldner nicht stattfinden soll, wenn dasselbe Ziel auf anderem Wege zu erreichen bleibt; daß der Zwang gegen die Person des Schuldners nicht anwendbar ist, wenn die auszuführende Handlung noch mehr voraussetzt, als den Willen des Schuldners; und daß endlich ein sicherer Erfolg des Zwanges nicht erwartet, der Zwang selbst daher nicht ohne Schranken angewandt werden darf."

Hiernach unterscheidet die CPO.: Handlungen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann (§ 773); solche, deren Vornahme nicht durch einen Dritten erfolgen kann, aber ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt (§ 774); Unterlassen und Dulden (§ 775). Nur bei den beiden letzten Gruppen wendet sich der Zwang gegen die Person (s. Anm. 2). Wegen der Willenserklärungen s. § 779.

2) Die Vollstreckungsmittel (vgl. Preuß. Exekutions-Verordn. v. 4. März 1834 §§ 9, 10) sind je nach den betreffenden Fällen Vornahme der Handlung durch einen Dritten (§ 773) und Zwang durch Strafe (§§ 774, 775), in allen Fällen unbeschadet des Anspruchs auf Leistung des Interesse (§ 778), während Willenserklärungen ohne Weiteres als abgegeben gelten (§ 779).

Ueber das Verhältniß dieser Vorschriften zu den bisherigen Landesrechten hinsichtlich der Leistung des Interesse vgl. §§ 774 Anm. 3, 778 Anm. 1.

3) Abgesehen von §§ 777, 779, bedarf es nach der Natur der Vollstreckungsmittel (Anm. 2) überall einer Mitwirkung des Gerichts, welches die Zulässigkeit der Maßregeln zu prüfen und das Urtheil gewissermaßen zu ergänzen hat. Die Entscheidung ist dem Prozeßgerichte überwiesen, da sie wesentlich auf einer fortgesetzten Beurtheilung des Hauptrechtsstreits beruht (§§ 773 Abs. 1, 774 Abs. 1, 775 Abs. 1, 2). Ueber das Verfahren s. § 776. Im Falle des § 778 Abs. 2 ist eine förmliche Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz erforderlich.

4) Wegen der Anwendbarkeit der §§ 773—777 auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen s. Dorendorf, Arrest S. 159 ff.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 27 Nr. 2, 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 33, 34.

§ 773.

1) Abs. 1: „Erfüllt — vorzunehmen" — Ein vorgängiges besonderes Mandat mit Leistungsfrist ist nicht erforderlich; s. Nordd. Prot. S. 2062, 2063; § 671 Anm. 3.

— „eine Handlung, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann" — Welche Handlungen (dies im Gegensatz zu den Fällen der §§ 708 ff., 769, 770, 773 Abs. 3, 775) hierher zu rechnen sind, war kontrovers und ist der Natur der Sache nach im einzelnen Falle oft sehr zweifelhaft. Es können nur sozusagen fungible (vertretbare) Handlungen, d. h. solche gemeint sein, deren Verrichtung nicht an die Person des Verpflichteten geknüpft, bei deren Verrichtung vielmehr die Person des Handelnden gleichgültig ist (vgl. Entsch. des preuß. OT. 50

S. 176). Nicht dahin gehören die in Abs. 3 und in § 779 bezeichneten Leistungen (vgl. § 779 Anm. 1), ebensowenig die Verpflichtung, eine gemeinschaftliche Sache mit dem Miteigenthümer real zu theilen (OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 114). Die Handlung braucht aber nicht gerade in mechanischen Verrichtungen, z. B. Beseitigung von Bauten rc. (opus factum diruere) — vgl. Code civ. art. 1143, Bayer. PO. Art. 865, P. E. § 1037, Nordd. Prot. S. 2060 — zu bestehen. Auch die Verbindlichkeit, den Kläger von gewissen Forderungen Dritter zu befreien (s. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 525) oder eine Hypothekenpost zur Löschung zu bringen, läßt sich sehr wohl durch einen Dritten erfüllen (s. auch Siebenhaar S. 706, v. Bülow Anm. 4, Petersen §§ 773—775 II 2 u. A.), aber nicht die Verpflichtung zur Rechnungslegung (vgl. RG. VIII S. 336). Letztere fällt unter § 774 (s. das. Anm. 1; zustimmend: Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 410, 411, Petersen §§ 773—775 II 2); ebenso die Verpflichtung des Erben zur Legung des Nachlaßinventars (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1126). Zur Eintragung in das Hypothekenbuch, wenn das Urtheil unmittelbar auf dieselbe oder auf die Bewilligung gerichtet ist, bedarf es nicht erst der Anwendung des § 773 (vgl. § 779 Anm. 1. A. M. Dernburg I S. 779 Anm. 8).

2) — „so ist — zu ermächtigen" — Ein Wahlrecht des Gläubigers zwischen diesem Vollstreckungsmittel und dem des § 774 findet nicht statt. Die Vornahme durch einen Dritten (oder durch den Gläubiger) ist, abgesehen von der Forderung des Interesse, das ausschließlich zulässige Mittel. (Zustimmend Hellmann III S. 141.) Dasselbe unterscheidet sich von der Forderung des Interesse durch den Zwang gegen den Schuldner, die Vornahme der Handlung zu dulden (vgl. § 777). Auch Abs. 2 enthält einen Unterschied. In dem Urtheil selbst, welches die Verpflichtung ausspricht, kann die Ermächtigung, die bereits den Beginn der Zwangsvollstreckung enthält, nicht ertheilt werden (vgl. § 775 Anm. 3).

Ist das Prozeßgericht ein Landgericht, so unterliegt der Antrag dem Anwaltszwang (§ 74). Der Schuldner muß gehört werden (§ 776). In den Fällen, wo es an einem Prozeßgericht erster Instanz mangelt (s. z. B. § 702 Nr. 2), wird das Vollstreckungsgericht (§ 684 Abs. 2) die Ermächtigung zu ertheilen haben (Sarwey II S. 269, Kleiner III S. 224. A. M.: Fitting § 95 Anm. 10, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 411, 412, Seuffert Anm. 4, Petersen §§ 773—775 II 1, Hellmann, Lehrb. S. 885, welche auf das Amtsgericht, vor welchem der Vergleich abgeschlossen ist, verweisen.) Uebrigens ist die Zuständigkeit eine ausschließliche (§ 707).

Eine besondere Art der Vollstreckung s. im Bankges. §§ 51—53 (vgl. E. G. z. CPO. § 13).

3) Die Zuziehung eines Gerichtsvollziehers zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten ist nicht ausgeschlossen, aber nicht immer nothwendig und ausführbar. Nach § 777 steht dieselbe dem Gläubiger zu. Dem Gerichtsvollzieher bleibt überlassen, nach den Umständen des Falles die Assistenz der Polizei oder unter Vermittelung des Vollstreckungsgerichts militärische Hülfe nachzusuchen. (Vgl. auch GO. f. GV. § 8 Abs. 1 Nr. 2; preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 97; Gaupp III S. 413.)

4) Abs. 2: Die Verpflichtung des Schuldners, die Kosten der Vollstreckung zu tragen, ist keine Besonderheit dieses Vollstreckungsmittels (vgl. §§ 607, 708). Eigenthümlich ist nur, daß hier eine gerichtliche Verurtheilung zur Vorauszahlung der Kosten erfolgt. Eine förmliche Klage ist ebensowenig nöthig als mündliche Verhandlung, sondern nur Gehör des Schuldners (§ 776). Die Entscheidung, gegen welche die sofortige Beschwerde stattfindet, ist vorläufig vollstreckbar (s. §§ 701, 702 Nr. 3, 535 Abs. 1). [Vgl. Meili in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. H. R. XXIV S. 382, 383.] Die vorausgezahlte Summe geht in das Eigenthum des Gläubigers über, welcher bei der Verwendung nicht als Stellvertreter des Schuldners handelt, was freilich weder im Falle eines größeren Kostenaufwandes eine Nachforderung wie im umgekehrten Falle eine Verpflichtung zur theilweisen Rückzahlung des Vorschusses ausschließt (RG. im RAnz. 1883 b. Beil. 10 S. 7, Seuffert Anm. 5).

§ 774. Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht und im Falle der Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

N. Entw. § 1055. Entw. I. § 695. Entw. II. § 707. Entw. III. § 720. Mot. S. 443, 444. Prot. S. 413—416.

Dem Gerichte gegenüber hat der Gläubiger die baaren Auslagen vorzuschießen (GKG. § 84 Abs. 1). Im Uebrigen vgl. wegen der Gebühren GKG. §§ 27 Nr. 2, 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31, 33 Abs. 2.

Die Höhe der Kosten bestimmt das Gericht vorläufig nach seinem Ermessen (vgl. auch Preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 9 Abs. 5). Zahlt der Schuldner sie nicht, so kann der Gläubiger sie im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben lassen. Dasselbe gilt von einer Nachforderung, wenn der Gläubiger oder das Gericht zu niedrig gegriffen hat. Dagegen kann die Erstattung des zuviel geforderten Betrages im Falle des Nichtverbrauchs (vgl. oben) nur im gewöhnlichen Klagewege gefordert werden. Selbstverständlich kann der Schuldner auch die bereits von einem Dritten begonnene Vornahme durch eigene Vornahme der Handlung abwenden, bleibt aber für die bereits aufgewandten Kosten des Dritten verhaftet (Endemann III S. 319, Gaupp III S. 412, 413 u. A.).

5) Abs. 3: Diese Bestimmung ist von der RTK. in weiterer Konsequenz des § 770 hinzugefügt. Nach derselben ist nicht nur in den Fällen der §§ 769, 771, 772, sondern auch in den Fällen des § 770 einschließlich des Falles, wenn es sich um Lieferung einer Quantität vertreibarer beweglicher Sachen handelt, welche nur der Gattung nach bestimmt sind und sich im Besitze des Schuldners nicht vorfinden, nicht die executio ad faciendum, sondern nur die Interesseforderung zulässig (s. §§ 770 Anm. 4; vgl. auch RG. in D. J.-Ztg. 1884 S. 686).

§ 774.

1) Abs. 1: Die Voraussetzung ist eine doppelte: daß die Handlung nicht von einem Dritten vorgenommen werden kann (s. § 773 Anm. 1), und daß sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt.

Von einer näheren Bestimmung der hiernach zu unterscheidenden (nicht zahlreichen) Fälle ist abgesehen. Die Mot. bemerken:

> „Es läßt sich nur sagen, daß ebensowenig die Aufwendung von Geldmitteln, wie die Anwendung irgend einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden kann. Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschießt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sind besondere Fähigkeiten bei der Handlung anzuwenden, so wird sich nie mit Gewißheit feststellen lassen, daß der Schuldner sie hat; er wird den Mangel derselben durch ungenügende Ausführung der erzwungenen Handlung darthun. Es werden endlich durch § 779 Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, da in Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urtheil gilt. Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen. Für die Zwangsvollstreckung des § 774 bleiben, abgesehen von Fällen, in denen zur Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung civilrechtlich ein unmittelbarer Zwang vorgeschrieben ist — Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 § 29, Preuß. Gesindeordnung v. 8. November 1810 §§ 51, 167, v. 11. April 1845 (für Neuvorpommern) §§ 45, 161, v. 19. April 1849 (für die Rheinprovinz) §§ 16, 42 — namentlich Judikate, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides (EG. z. CPO.

§ 16 Nr. 3) oder auf Ertheilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind."

Vgl. Nordd. Prot. S. 2063, 2064. Es gehören hierher u. A. die dem Erben oder sonst Honorirten durch letztwillige Verfügung gemachte Auflage, eine zum Nachlaß oder ihm selbst gehörige Sache an einen Dritten zu verkaufen [Förster (Eccius) II § 131 S. 166], ferner Rechnungslegung (vgl. § 773 Anm. 1), Legung eines Inventars (vgl. ebenda), Auskunftsertheilung, Errichtung eines schriftlichen Kontrakts (vgl. § 779 Anm. 1, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 39 Nr. 278)]. Vgl. auch RG. XIV S. 248. Wegen des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides d. allg. Bem. z. Abschn. 4 unter 2, unten S. 866; wegen des prozessualischen Offenbarungseides s. §§ 780—784. Nicht hierher gehört z. B. die Löschung einer zu Gunsten eines Dritten bestehenden Hypothekenpost (s. Preuß. Just.-Min.-Bl. 1840 S. 171, OLG. Dresden in Wengler, Arch. 1882 S. 169, 171; Petersen §§ 773—775 III 1; vgl. § 773 Anm. 1) oder die Ausübung eines Wahlrechts (RG. VIII S. 353, XII S. 184).

Ist die Handlung, wenngleich zufolge Nachlässigkeit des Schuldners, thatsächlich (vgl. RG. VIII S. 336) nicht ausschließlich von dessen Willen abhängig, so bleibt nur die Interesseforderung (§ 778).

Auf die Herausgabe oder Leistung von Sachen findet auch § 774, obschon es an einer ausdrücklichen Bestimmung wie in § 773 Abs. 3 fehlt, nach seiner systematischen Stellung und den Worten „Handlung" bzw. „wenn — abhängt" keine Anwendung. (Vgl. auch OLG. Jena in Busch, Zeitschr. VII S. 114.) Ebensowenig ist § 774 anwendbar, wenn zur Vornahme der Handlung weitere Mittel, z. B. von Geld, Pfändern oder Bürgen gehören, also Bestellung von Real-Kaution (RG. XIII S. 339).

2) Der auf Vornahme der Handlung selbst gerichtete Zwang durch Geldstrafen oder Haft geschieht, „damit nicht der Schuldner durch seinen bösen Willen allein das Recht des Gläubigers vereiteln kann" (Mot.). Insoweit steht der Personalarrest auch mit dem Prinzip des Ges. vom 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) nicht im Widerspruch, da dieses Gesetz Fälle betrifft, in denen die Erfüllung nicht oder doch nicht ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt. Hinsichtlich des Sicherheits-Personalarrestes s. § 798 Anm. 1. Die „Haft" des § 774 hat eine andere Bedeutung als die „Strafe der Haft" in § 775. Vgl. unten Anm. 4.

„Die Weigerung einer vorzunehmenden Handlung kann überhaupt nur einmal durch Zwang überwunden werden, falls dieser in seiner Gesammtheit das zulässige Maß nicht übersteigen darf. Die Haft ist in diesem Falle überhaupt nicht Strafe, sondern direktes Zwangsmittel, steht als solches neben der Androhung und Festsetzung von Geldstrafen zur Wahl und wird, einmal angeordnet, ohne Weiteres bis zu der zulässigen Dauer fortgesetzt" (Mot.).

Das Wahlrecht zwischen Geldstrafe und Haft gebührt nach der Fassung des Abs. 1 dem Gericht, nicht dem Gläubiger, dessen Antrag beide umfaßt. (So Siebenhaar S. 709, Sarwey II S. 271, Gaupp III S. 415, Endemann III S. 322, jetzt auch Petersen §§ 773—775 III 2. A. M.: Seuffert Anm. 3, Wilm. Levy Anm. 2, Fitting § 95 Anm. 13, Hellmann III S. 142 und Lehrb. S. 885, v. Bülow Anm. 2, welcher sich mit Unrecht auf die Mot. beruft.) Eine Strafandrohung (vgl. § 775 Abs. 2) braucht nicht voranzugehen (A. M. Siebenhaar a. a. O.). Wegen des Verfahrens s. § 776. Mit der Entscheidung, daß der Schuldner durch Haft anzuhalten sei, ist zugleich ein Haftbefehl zu erlassen (§ 789).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 27 Nr. 2, 39, GO. f. RA. § 34.

3) Das Maß der Geldstrafe bestimmt das Gericht. Die Vollstreckung geschieht von Amtswegen (So auch Seuffert Anm. 3a, v. Bülow Anm. 4 u. A. A. M.: OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 115, Wilm. Levy Anm. 3) nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts (s. StrPO. § 495). Die Geldstrafe kann wiederholt werden. Sämmtliche verhängten Geldstrafen dürfen aber den Betrag von 1500 Mark nicht übersteigen. Die Beitreibung der

Geldstrafe hat nicht deshalb zu unterbleiben, weil der Schuldner nach der Verurtheilung zu derselben die Handlung vorgenommen hat (A. M.: Wilm. Levy Anm. 3, OLG. Dresden a. a. O.). Sind die Geldstrafen erschöpft, so bleibt noch die Anwendung der Haft in voller Dauer zulässig (s. RG. VII S. 358, Seuffert, Wilm. Levy, Petersen a. a. O., Wach I S. 276 Anm. 21. A. M.: Kleiner III S. 226, v. Bülow).

Die Geldstrafen gebühren, wie gewöhnlich, dem Fiskus. Ein Antrag, einzuschalten: „In den Fällen der §§ 774 und 775 kann auf Antrag des Gläubigers statt der Strafe auch eine an den Gläubiger zu erlegende Buße bis zu 1500 Mark erkannt werden. Die erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus", ist von der RTK. verworfen, indem man hervorhob, daß die Buße des StrGB. (s. das. §§ 188, 231) sich zur Uebertragung auf den Civilprozeß nicht eigene.

4) Im Unvermögensfalle sind die erkannten Geldstrafen, wie stets in Ermangelung entgegengesetzter Bestimmung, in die entsprechende Haftstrafe umzuwandeln (StrGB. §§ 28, 29, StrPO. § 491, Rüdorff, Komm. z. StrGB. 3. Aufl. § 28 Anm. 3, § 29 Anm. 6; Nordd. Prot. S. 2064). [So auch Puchelt II S. 644, Sarwey II S. 272, Endemann II S. 323, welcher letztere jedoch nicht den Maßstab der §§ 28, 29 StrGB. anwenden will. A. M. mit Rücksicht darauf, daß es sich hier um ein Zwangsmittel handle und keinenfalls um eine Kriminalstrafe: Petersen §§ 773—775 III 2, Hellmann III S. 142 und Lehrb. S. 885, v. Bülow Anm. 3, Wilm. Levy a. a. O., Gaupp III S. 416, Kleiner III S. 226, jetzt auch Seuffert a. a. O., Helmkampf in Busch, Zeitschr. X S. 121 ff.; vgl. auch d. in Anm. 3 ang. Beschl. d. RG. u. ROHG. 13 S. 160 ff.] Daß die eventuelle Freiheitsstrafe sofort bei Verhängung der Geldstrafe festgestellt wird, ist hier nicht (wie in §§ 345 Abs. 1, 355 Abs. 1) vorgeschrieben. Dieselbe ist von Amtswegen zu vollstrecken; auf die Vollstreckung finden die §§ 785 ff. keine Anwendung. (A. M. Sarwey II S. 272.)

Statt der Geldstrafe kann auch von vornherein auf Haft erkannt werden, für welche die §§ 785 ff. anzuwenden sind. Eine bestimmte Dauer wird in diesem Falle nicht festgesetzt (s. oben Anm. 2). Der Gläubiger hat die Vollziehung unter Vorauszahlung der Kosten (§ 792) zu betreiben (bei bzw. nach Zustellung des Urtheils — § 671 Abs. 1).

Die von vornherein verhängte Haft darf in ihrer Gesammtheit die Dauer von 6 Monaten nicht überschreiten (§ 794). Anders bei der eventuellen Haftstrafe, welche nach dem Maßstabe der §§ 28, 29 des StrGB. an Stelle der Geldstrafe tritt, sowie im Falle des § 775 Abs. 1. Vgl. § 775 Anm. 2.

5) Für Militärpersonen gelten außer §§ 785 Nr. 2, 786 Nr. 2, 793 keine Besonderheiten. Abgesehen hiervon findet also (anders als nach §§ 345 Abs. 4, 355 Abs. 4, 374 Abs. 3) eine Konkurrenz des Militärgerichts nicht statt.

6) Kann der Schuldner die Handlung ohne Aufwendung von Kosten nicht vornehmen und sind diese von ihm nicht zu erlangen, so hat der Gläubiger behufs Anwendung des § 774 zunächst die Kosten vorzuschießen (Nordd. Prot. S. 2064). Ein Verfahren wie nach § 773 findet nicht statt. Der Schuldner kann zur Erstattung nur in besonderem Prozesse gezwungen werden. (Vgl. auch Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 1.)

7) Abs. 2: Eine Ausnahme bildet hier wie in § 779 Abs. 2 die Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe. (Vgl. Preuß. ALR. II, 1 § 125, Entsch. d. preuß. OT. 56 S. 195, Striethorst, Arch. 66 S. 128.) Die Mot. bemerken darüber:

„Dem materiellen Rechte und also den Landesgesetzgebungen (R. E. § 1055) gehört die Frage der Zulassung des Zwanges nicht, wenigstens nicht ausschließlich an. Mit welchen Mitteln ein Urtheil zur Ausführung zu bringen sei, ist wesentlich eine prozessualische Frage, und die Versagung des direkten Zwanges zur Eheschließung zerstört auch nicht die Wirkung des voraufgegangenen Urtheils, welches durch Liquidation des Interesse wenigstens mittelbar ausgeführt werden kann. Der Zwang zur Eheschließung

§ 775. Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht

---

widerspricht dem Wesen der Ehe durchaus; es war daher über den in § 774 Abs. 2 und in § 16 Nr. 6 des EG. gezogenen Vorbehalt für die Landesrechte nicht hinauszugehen."

Der Vorbehalt bezieht sich nicht auf den Zwang zur Eingehung einer Ehe. In dieser Beziehung sind vielmehr die Landesrechte schlechthin abgeändert. (Vgl. Förster (Eccius) IV S. 23), während eine Klage auf Entschädigung wegen Weigerung der Vollziehung der Ehe nicht ausgeschlossen ist (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 215). Dagegen findet die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens (s. oben S. 639 Anm. 5, § 568 Anm. 4) nach Maßgabe der Landesgesetze (vgl. Seuffert, Arch. 3 Nr. 67, 20 Nr. 230, v. Scheurl, Eherecht § 250, S. 259) statt, sei es durch die in Abs. 1 gedachten Mittel, sei es durch die nach bürgerlichem Rechte gestatteten gerichtlichen Rückkehr- und Aufnahmebefehle bzw. die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln (EG. z. CPO. § 16 Nr. 6). Ist das Recht des ersuchenden und des ersuchten Richters verschieden, so kommt hierbei das letztere zur Anwendung (OLG. Naumburg u. v. Kräwel in Böhiker, Mag. I S. 114).

8) In Gemäßheit der §§ 774 und 775 dürfte auch im Gebiete des rheinisch-franz. Rechts ungeachtet der Bestimmung des Code civ. art. 1142 die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen in demselben Umfange zulässig sein als in den übrigen Theilen des Reichs. In der RTK. wurden zwar hiergegen von einer Seite Zweifel erhoben, die dort ihre Lösung nicht gefunden haben. Allein, obwohl die betreffende Bestimmung sich im bürgerl. Gesetzbuche befindet, gehört sie doch ihrem Wesen nach ebenso wie die entsprechende Vorschrift des römischen Rechts in L. 13 § 1 D. de re jud. (42, 1) dem Prozeßrechte an; denn sie hat schwerlich den Sinn, daß der Schuldner nach Inhalt der Obligation von vornherein das Wahlrecht haben solle zwischen dem Thun und der Leistung des Schadensersatzes oder sogar zu einem Thun überhaupt nicht verurtheilt werden dürfe. Ihre Bedeutung ist vielmehr die, daß der Schuldner, wenn er nicht freiwillig die Obligation wirklich erfüllt, gerichtlich nur zur Leistung des Schadensersatzes gezwungen werden könne. Hierfür sprechen die Entstehung der Vorschrift aus dem römischen Rechte, die Ausdrücke „se resout" und „en cas d'inexécution". (Dies ist auch die Ansicht neuerer Schriftsteller, wie Demolombe u. Laurent, sowie des Kassationshofs zu Paris.) Jedenfalls aber kann es nach den Mot. zu den §§ 773—776 (S. 442), welche den Grundsatz der CPO. gegenüber demjenigen des röm. und des franz. Rechts, unter ausdrücklicher Hervorhebung des art. 1142 a. a. O., rechtfertigen, nicht zweifelhaft sein, daß es in der Absicht gelegen hat, den ersteren Grundsatz in ganz Deutschland einzuführen, und die RTK. hat eine entgegenstehende Absicht keineswegs kundgegeben. Die Rechtseinheit würde in der That einen erheblichen Bruch erleiden, wenn in diesem wichtigen Punkte entgegengesetzte Grundsätze in den verschiedenen Gebieten Deutschlands zur Geltung kämen. (Vgl. auch Seuffert, allg. Bem. 2 z. Abschn. 3, S. 840, Siebenhaar S. 711, Sarwey II S. 268, 269, Petersen §§ 773—775 I 2, Uebel II S. 259 ff., Endemann III S. 299, 300, Hellmann III S. 145, Gaupp III S. 399, 400. A. M. Puchelt II S. 641. Unentschieden jetzt Wilm.-Levy § 778 Anm. 1. Vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1885 S. 65 Nr. 2.)

§ 775.

1) Bei den Urtheilen auf Unterlassung oder Duldung, abgesehen von dem Falle des § 777, läßt sich zwar, wie die Preuß. AGO. I 24 § 54 sich ausdrückt, „die Exekution im eigentlichen Verstande nicht denken". Dieselben werden aber indirekt, ähnlich wie nach § 774, durch Geldstrafen oder Haft erzwungen, falls bei Urtheilen auf Duldung der Gläubiger nicht den Weg des § 777 vorzieht. Aus dem Begriff der negatorischen Klage und der Eigenthumsstörung folgt übrigens nicht ohne Weiteres die Anwendbarkeit des § 775 (s. RG. XV S. 343). Die in

erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurtheilen. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurtheilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden.

N. Entw. § 1056. Entw. I. § 696. Entw. II. § 708. Entw. III. § 721. Mot. S. 443, 444. Prot. S. 414–416, 719, 720.

---

den Umständen begründete Unbestimmtheit des in dem Urtheile erlassenen Verbots verursacht für die Zwangsvollstreckung nach § 775 oft große Schwierigkeiten (s. z. B. OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 40 Nr. 279). Wegen Unterlassungen im Auslande s. Kohler in Busch, Zeitschr. X S. 449 ff.

2) Bezüglich des Maßes der Geldstrafe sowie deren Vollstreckung und Umwandlung in Haft gilt hier dasselbe, wie im Falle des § 774 (s. das. Anm. 3, 4. A. M. bezüglich der Anwendung der §§ 28 ff. d. StrGB. auch hier: Petersen §§ 773—775 II 1, Endemann III S. 325, Gaupp III S. 421, Seuffert Anm. 2, Hellmann III S. 143 u. Lehrb. S. 887, während v. Bülow Anm. 3 hier die Umwandlung für zulässig hält). Die „Strafe der Haft", welche sogleich statt der Geldstrafe erkannt werden kann, hat hier nicht den Charakter der „Haft" als Zwangsmittel, sondern einer wirklichen Strafe (wie in den Fällen der §§ 345 Abs. 1, 355 Abs. 1). Die Vollstreckung geschieht von Amtswegen wie die anderer Freiheitsstrafen (StrPO. § 483) ohne Anwendung der §§ 785 ff. (Vgl. die allg. Bem. z. d. §§ 785—794. Ebenso Petersen a. a. O., Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Hellmann III S. 143c u. Lehrb. S. 887.) Das Wahlrecht zwischen Geldstrafe und Haftstrafe (vgl. § 774 Anm. 2), nicht blos die Bemessung, gebührt dem Gericht (Seuffert Anm. 1 a. E.; so auch hier Petersen a. a. O., Fitting § 95 Anm. 16, Gaupp III S. 420, Sarwey II S. 273, A. M. auch hier: Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann III S. 143 u. Lehrb. S. 888). Wegen des Verfahrens s. § 776.

Die Geldstrafe wie die prinzipale und die eventuelle Haft kann (abweichend von § 774) hier „wegen einer jeden Zuwiderhandlung", also wiederholt im vollen zulässigen Umfange erkannt werden.

> „Die Strafen haben jedoch für die beiden Hauptfälle, Handlungen und Unterlassungen, nach deren Natur eine sehr verschiedene Bedeutung. Die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, ist eine fortdauernde, und der Zwang kann nur als Repression durch Ausführung der angedrohten Strafe in jedem Falle des Zuwiderhandelns wirken; die Strafe kann daher in jedem einzelnen Falle das überhaupt zulässige Maß erreichen, sowie in jedem einzelnen Falle eine Interesseforderung begründet ist" (Mot.).

Die RTK. hat jedoch auf Antrag des Abg. Struckmann zur Verhütung maßloser Strafen die in dem Schlußsatze des Abs. 1 enthaltene Beschränkung der Haft hinzugefügt. Dieselbe gründet sich auf § 74 StrGB., setzt also, wie ausdrücklich in der RTK. konstatirt ist, voraus, daß mehrere (real) konkurrirende Zuwiderhandlungen gleichzeitig zu bestrafen sind. Selbstverständlich gilt dies, wie der Antragsteller hervorhob, auch dann, wenn die wegen der früheren Zuwiderhandlung erkannte Strafe noch nicht verbüßt oder verjährt oder erlassen ist (StrGB. § 79).

Auch bei Umwandlung kumulirter Geldstrafen ist eine Haftstrafe von 2 Jahren das höchste Maß (StrGB. § 78 Abs. 2).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 27 Nr. 2, 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 33 Abs. 2, 3.

3) Abs. 2: Die obligatorische („muß") Strafandrohung gegen die Partei ist eine in

§ 776. Die in Gemäßheit der §§. 773—775 zu erlassenden Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören.

N. Entw. §§ 1054—1056. Entw. I. §§ 694—697. Entw. II. § 709. Entw. III. § 722. Mot. S. 444, 445. Prot. S. 416, 417.

---

der Natur der Sache begründete Eigenthümlichkeit des § 775 (vgl. § 209 Anm. 1). Sie setzt eine Zuwiderhandlung gegen das Urtheil nicht voraus (s. Gaupp III S. 420, Seuffert Anm. 1, OLG. Nürnberg in Busch, Zeitschr. VI S. 132. A. M. Kerkhoff in Bödiker, Mag. III S. 215 ff.) und braucht nicht in jedem Falle wiederholt zu werden (Endemann III S. 325, Gaupp III S. 420, jetzt auch Seuffert Anm. 1). Auch braucht sie nicht eine bestimmte Strafe nach Art und Größe zu enthalten (Endemann a. a. O., Gaupp a. a. O., v. Bülow Anm. 5, Petersen a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 888. A. M.: Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 273, Kleiner III S. 228); enthält sie aber eine bestimmte Strafe, so darf über diese hinaus nicht erkannt werden.

— „wenn sie — — enthalten ist" — entsprechend der gemeinrechtlichen Praxis (vgl. Wetzell § 50 Anm. 94, ROHG. 21 S. 222, 24 S. 233). Vgl. auch Preuß. ALR. I, 7 § 251 (welcher durch § 775 hiernach eine Einschränkung erleidet).

4) Abs. 3: Die Bestimmung fehlt in den Entwürfen, indem die Mot. die Bestimmungen über den Arrest und die einstweiligen Verfügungen für ausreichend erachten. Auf Antrag des Abg. Struckmann beschloß die RTK. in erster Lesung als Abs. 3 einzuschalten:

„Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit auf bestimmte Zeit angehalten werden; im Falle wiederholter Zuwiderhandlung werden aus dieser Sicherheit Strafe, Kosten und Schadensersatz erhoben."

In zweiter Lesung erhielt der Zusatz jedoch auf Antrag des Abg. Marquardsen seine gegenwärtige Gestalt. Ein sachlicher Unterschied besteht nur hinsichtlich der dem Fiskus gebührenden Strafe. Der Ausdruck „Schaden" umfaßt auch die dem Gläubiger erwachsenden Kosten, wie der Regierungsvertreter in der RTK. hervorhob.

Die Auferlegung der Sicherheitsbestellung ist übrigens nur fakultativ („kann"). Sie kann nicht schon mit der Strafandrohung, sondern erst in einem verurtheilenden Erkenntnisse (Abs. 1) erfolgen („fernere"). [So auch Petersen §§ 773—775 IV 2, Endemann III S. 326, Gaupp III S. 421.] Wegen der Sicherheitsmittel s. § 101. Wegen des Verfahrens s. § 776.

5) Wegen der Anwendung des § 775 im Gebiete des rheinisch-franz. Rechts s. § 774 Anm. 8.

§ 776.

1) Die Entscheidungen (Beschlüsse bzw. Urtheile — s. §§ 294 Anm. 1, 312 Anm. 4. A. M. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 255, welches auch die Entscheidungen nach vorheriger mündlicher Verhandlung stets als Beschlüsse ansieht und sowenig Beweisbeschlüsse wie Auflagen von Parteieiden zulassen will; ebenso Petersen §§ 776, 777 Nr. 1) des Prozeßgerichts in den Fällen der §§ 773 Abs. 1, 2, 774 Abs. 1, 775 Abs. 1—3 (vgl. §§ 773—779 Anm. 3) dürfen sich von der in dem zu vollstreckenden Urtheile enthaltenen unabänderlichen Grundlage nicht entfernen und bedürfen deshalb, wie die Mot. bemerken, nicht der vorgängigen mündlichen Verhandlung (vgl. § 119 Anm. 4). Die Anhörung des Schuldners, d. h. die Aufforderung zur Erklärung, welche er binnen einer bestimmten Frist im Anwaltsprozesse durch Schriftsatz des Anwalts, sonst schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers abzugeben hat, ist jedoch nach Satz 2 obligatorisch, „weil fast durchweg für die Entscheidung Thatsachen in Betracht kommen werden, über welche eine Verhandlung noch nicht stattgefunden hat". (Mot.) Die Strafandrohung ist jedoch keine Entscheidung und kann daher, wenn sie nachträglich beantragt wird, ohne vorherige Anhörung des Schuldners erfolgen (Brettner in Bödiker, Mag. IV S. 287. A. M. Kerkhoff, das. III S. 215). Wird eine mündliche Verhandlung an-

§ 777. Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, welche er nach den Bestimmungen der §§. 773, 775 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Bestimmungen des §. 678 Abs. 3 zu verfahren hat.

N. Entw. § 1057. Entw. I. § 697. Entw. II. § 710. Entw. III. § 723. Mot. S. 445. Prot. S. 417.

§ 778. Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.

Den Anspruch auf Leistung des Interesse hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen.

N. Entw. § 1058. Entw. I. § 698. Entw. II. § 714. Entw. III. § 724. Mot. S. 445. Prot. S. 417, 418.

---

geordnet, was lediglich Sache richterlichen Ermessens ist („können"), so kommen hinsichtlich der Ladung die Grundsätze des Parteibetriebs zur Anwendung. Vgl. § 119 Anm. 4, S. 131, § 124 Anm. 4. (So auch Endemann III S. 326, H. Meyer, Die Zustellung der Beschlüsse usw. S. 58, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 647 ff. A. M.: Petersen §§ 776, 777 Nr. 1, Gaupp III S. 422, Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 739 ff., welche von Amtswegen laden wollen; vgl. auch obLG. f. Bayern a. a. O.) Wegen des Versäumnißurtheils s. § 312 Anm. 4 (Petersen a. a. O. verwirft hier jedes Versäumnißverfahren).

2) Je nachdem in den Fällen der §§ 773—775 die Vollstreckung der Haft oder der Geldstrafe vom Gläubiger oder von Amtswegen zu betreiben ist, muß auch die nach § 671 erforderliche Zustellung der betreffenden Entscheidung (vgl. § 671 Anm. 1) im Auftrage des Gläubigers oder von Amtswegen erfolgen (vgl. auch H. Meyer a. a. O. S. 59, 60). Entscheidungen ohne vorgängige mündliche Verhandlung sind nach § 294 Abs. 3 von Amtswegen zuzustellen.

3) Gegen die in § 776 bezeichneten Entscheidungen findet nur die sofortige Beschwerde statt (§ 701). Dieselben sind also ohne Weiteres vollstreckbar (§ 702 Nr. 3).

§ 777.

1) Der Gläubiger darf den Widerstand des Schuldners nicht selbst mit Gewalt brechen (vgl. StrGB. § 240). Wo ein solcher ihm entgegentritt, ist die Zuziehung des Gerichtsvollziehers unentbehrlich. Nachdem dies in der RTK. konstatirt worden war, wurde ein Antrag, statt „kann" zu setzen: „hat", in der RTK. zurückgezogen. Das Brechen des Widerstandes dient dazu, im Falle des § 773 mittelbar, im Falle des § 775 dagegen unmittelbar (vgl. § 775 Anm. 1) das in Frage stehende Urtheil zur Vollziehung zu bringen. Näheres über die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers s. in Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 97.

2) Wegen der Gebühren des Gerichtsvollziehers s. GO. f. GV. § 8 Abs. Nr. 2.

§ 778.

1) Die §§ 769—777 enthalten keine Bestimmung darüber, inwiefern der Gläubiger bei ausbleibender Erfüllung (nicht bloß eines facere, sondern jeder Judikatsobligation) sein Interesse liquidiren kann. § 778 Abs. 1 hält die darüber (jetzt oder künftig) geltenden gesetzlichen Bestimmungen aufrecht („nicht berührt").

„Das Recht des Gläubigers, statt der wirklichen Erfüllung einer Verpflichtung sein Interesse zu fordern, wird durch die Bestimmungen dieses Abschnitts weder ausgeschlossen noch begründet. Die Grundsätze darüber, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zu der Interesseforderung übergehen, insbesondere die Naturalerfüllung der Verpflichtung zurückweisen kann, und ob derselbe an den Uebergang zur Interesseforderung gebunden ist, gehören dem materiellen Rechte an (vgl. HGB. Art. 356)." (Mot.)

Es fragt sich also, inwiefern und von welchem Zeitpunkte an der Gläubiger nach bürgerlichem Recht (oder nach Reichsprozeßrecht — EG. z. CPO. § 13 Abs. 1) ein Recht hat, die Leistung des Interesse zu verlangen (Beispiele: RG. X S. 176 — Unmöglichkeit der Erfüllung eines Kaufkontrakts; OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 156 — Vornahme einer Handlung; OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 506 — persönliche Arbeit; Striethorst, Arch. 52

§ 779. Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§. 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist.

Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

N. Entw. § 1059. Entw. I. § 699. Entw. II. § 712. Entw. III. § 725. Mot. S. 443, 444. Prot. S. 418, 419, 720.

S. 311 — Befreiung von Schulden; das. 71 S. 223 — Löschung von Hypotheken; s. auch Mandry S. 282 Anm. 50). Indessen ist es häufig nicht leicht, zu bestimmen, ob eine einschlagende Vorschrift dem bürgerlichen oder dem Prozeßrecht des Landes angehört. Jedenfalls ist § 9 der preuß. Verordn. v. 4. März 1834 mit seinem Wahlrecht zwischen der Interesseforderung und den verschiedenen Vollstreckungsmitteln prozessualischen Inhalts und daher als beseitigt anzusehen. (A. M. Dernburg I S. 277 Anm. 9). Dasselbe gilt auch von dem daselbst ausdrücklich gestatteten jus variandi. Ob ein solches stattfindet, beantwortet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Hierbei wird man davon ausgehen können, daß die Forderung des Interesse als ein Versuch, die Befriedigung zu erlangen, anzusehen ist, die ursprüngliche Leistung also mindestens (vgl. Windscheid, Pand. I § 193 Anm. 12, Hellmann, Lehrb. S. 888) dann gefordert werden kann wenn das Interesse noch nicht gezahlt ist (vgl. Nordd. Prot. S. 2059), wie auch die Mot. für den Fall des § 769 anerkennen; die bloße Verurtheilung zur Zahlung des Interesse bewirkt — wenigstens nach preuß. Recht — keine Novation. Vgl. § 769 Anm. 5. (S. auch Endemann III S. 329. A. M.: Siebenhaar S. 713, Gaupp III S. 424, welcher die Frage lediglich dem bürgerlichen Rechte überweist; ebenso Wilm. Levy Anm. 1.)

2) Abs. 2 enthält eine prozessualische Bestimmung hinsichtlich der Geltendmachung der Interesseforderung. Letztere bildet einen neuen Prozeß („im Wege der Klage"), für welchen das Prozeßgericht erster Instanz, d. h. das, welches das Urtheil erster Instanz in der Hauptsache erlassen hat, wegen des materiellen Zusammenhangs mit der Hauptsache ausschließlich (§ 707) zuständig ist (so daß es auch auf den Werth des Streitgegenstandes nicht weiter ankommt; s. RG. XIII S. 367, XIV S. 203, Seuffert Anm. 2, Siebenhaar S. 713 u. A.). Vgl. § 10. Der Prozeß ist in den gewöhnlichen Formen mündlich zu verhandeln.

Der Abs. 2 leidet, wie schon die Stellung des § 778 in diesem Abschnitt ergiebt, nur dann Anwendung, wenn bereits ein vollstreckbarer Titel im Sinne der §§ 769 ff. vorliegt, nicht aber, wenn der Gläubiger von vornherein auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt, noch weniger wenn einer Klage auf Schadensersatz eine Klage auf wirkliche Leistung nachfolgt. In diesen Fällen gelten die allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit (Gaupp III S. 425, Wilm. Levy Anm. 2, Petersen § 778 Nr. 2). Auch wird durch den Abs. 2 nicht ausgeschlossen, daß ein auf Vertragserfüllung belangter Beklagter zur Abwendung des gegen ihn erhobenen Anspruchs seine aus demselben Vertragsverhältnisse entspringende Interesseforderung geltend macht (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 165 Nr. 10).

§ 779.

1) Nach dem Vorgange der preuß. Hypothekengesetzgebung [Ges. v. 24. Mai 1853 § 32 (GS. S. 521), v. 21. März 1868 § 96 (für Neuvorpommern und Rügen) (GS. S. 293), v. 5. Mai 1872 §§ 3, 19 Nr. 2, 53, 65 Abs. 2 (GS. S. 433 ff.), Grundbuchordn. v. gleichen Tage §§ 53, 85, 94 Nr. 2 (GS. S. 446); vgl. auch § 76 des Hann. Hyp. Ges. v. 14. Dez. 1864 (GS. I S. 555)] ist von dem Zwange zur Abgabe einer Willenserklärung gänzlich abgesehen, da derselbe, wie die Mot. bemerken, den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen würde. Das rechtskräftige Urtheil (nicht schon das für vorläufig vollstreckbar erklärte und ebensowenig andere vollstreckbare Schuldtitel, z. B. Vergleiche — s. Gaupp III S. 426,

Wilm. Levy Anm. 1, Petersen § 779 Nr. 1) tritt an Stelle der Erklärung (vgl. Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 79 Anm. 48) und erübrigt eine Zwangsvollstreckung (s. auch Wach I S. 12, Krech u. Fischer, Preuß. Zwangsvollstreckungs-Ges. v. 13. Juli 1883 S. 222). Auch die vorläufige Vollstreckbarkeit rechtfertigt nicht einen Zwang nach Maßgabe der §§ 773, 774, da nach den Mot. hier der direkte Zwang überhaupt ausgeschlossen sein soll; dieselbe hat daher nur insofern Bedeutung, als auf Grund derselben eine Vormerkung im Hypotheken- oder Grundbuche nach Maßgabe des § 658 zulässig ist. (So auch Gaupp, Petersen, Wilm. Levy a. a. O.)

Gleichgültig ist, ob die Erklärung mündlich, schriftlich oder in einer bestimmten Form, z. B. vor einer Behörde, in einer öffentlichen Urkunde, abgegeben werden soll, und ob das Urtheil auf Vornahme des Rechtsakts selbst, z. B. Zession, Löschungsbewilligung, Quittung, lautet oder ausdrücklich auf Abgabe der das Rechtsgeschäft bedingenden Willenserklärung (Gaupp a. a. O., Petersen § 779 Nr. 1, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 4. A. M. in letzterer Hinsicht Endemann III S. 331). Hiernach ist auch die im Preuß. ALR. I 5 § 123 verordnete richterliche Ergänzung der Unterschrift nicht mehr erforderlich. Anders im Falle des § 124 das., sofern der ausländische Richter das deutsche Prozeßrecht nicht berücksichtigt; hier handelt es sich nicht sowohl um Perfektion einer Willenserklärung als um eine körperliche Handlung (s. Koch, Preuß. Civ.-Proz. S. 605 Anm. 6). Das Gleiche gilt von schriftlicher Errichtung eines nur mündlich verabredeten Kontrakts (vgl. § 774 Anm. 1). Ebenso bei Vollziehung einer Wechselunterschrift; denn auch hier ist die schriftliche Erklärung wesentlich. Auf letzteren Fall ist übrigens § 773 anwendbar, nicht § 774 (so auch Gaupp a. a. O. und Petersen a. a. O., „sofern die Unterschrift mit Rechtswirksamkeit von einem Dritten beigefügt werden kann". A. M.: Seuffert a. a. O. und jetzt Wilm. Levy a. a. O.), weil die Unterschrift nicht nothwendig eine eigenhändige des Schuldners ist (s. ROHG. 5 S. 263, 271) und die Vollmacht ꝛc. durch die Ermächtigung des Prozeßgerichts ersetzt wird. Dagegen fällt die Bestellung einer Grunddienstbarkeit unter § 779 (so auch Wilm. Levy § 771 Anm. 1. A. M. Siebenhaar S. 700); desgl. die Antretung einer Erbschaft (vgl. OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 36 Nr. 205) und die Verpflichtung eines Miterben, Nachlaßgrundstücke gemeinschaftlich mit dem Kläger zum öffentlichen Verkauf zu bringen (OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 324).

(Wegen der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Eigenthumseintragung auf Grund des § 56 der Preuß. Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 vgl. die unter einander erheblich abweichenden Ansichten von Bahlmann, Grundbuchrecht 3. Aufl. z. § 56 a. a. O. Anm. 3, Achilles, Komm. 3. Aufl. S. 404 Anm. 3, Turnau, Grundbuchordnung 3. Aufl. z. § 56 Anm. 1, 2, Willenbücher, Grundbuchrecht S. 187, Jastrow in Gruchot, Beitr. XXX S. 297 ff.)

2) Der zweite Satz des Abs. 1 ist von der RTK. zur Ausfüllung einer Lücke eingeschaltet. Ursprünglich auf Antrag des Abg. Wolffson u. Klotz in folgender Gestalt angenommen:

> „Ist die Willenserklärung — gemacht, so tritt diese Wirkung erst dann ein, wenn die Gegenleistung oder deren Sicherstellung dem Gerichte durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen ist",

wurde die Vorschrift in zweiter Lesung auf Antrag des Abg. Thilo, wie geschehen, redigirt. Der erste Satz, welcher auf die hier bezeichneten Fälle, z. B. wenn Jemand verurtheilt ist, gegen Zahlung eine Eintragung in das Grundbuch zu bewirken, nicht paßte, ist sonach mit den allegirten allgemeinen Vorschriften der Zwangsvollstreckungslehre in Einklang gebracht. Als Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung gilt hier die Zeit der Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung, wie ein Regierungsvertreter auf Anfrage in der RTK. bestätigte.

Bei der Redaktion des fraglichen Satzes ist unbeachtet geblieben, daß § 664 Urtheile, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen, nicht mitumfaßt (s. § 664 Anm. 1 a. E.). Derselbe ist jedoch entsprechend anzuwenden (vgl. auch Eccius in Gruchot, Beitr. XXIII S. 740, 741, Petersen § 779 Nr. 2, Gaupp III S. 427, 428, Wilm. Levy Anm. 3; Fitting im civ.

Vierter Abschnitt.

Offenbarungseid und Haft.

§ 780. Für die Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

N. Entw. § 1034 Abs. 1. Entw. I. § 700. Entw. II. § 713. Entw. III. § 726. Mot. S. 445. Prot. S. 420.

Arch. 64 S. 436, 437, gelangt nur mit Hülfe der vermeintlich in § 779 enthaltenen „authentischen Interpretation" des § 664 zur Anwendung dieser Vorschrift).

3) Abs. 2: Wegen dieser Ausnahme von Abs. 1 vgl. § 774 Abs. 2 u. Anm. 7.

Vierter Abschnitt.

Literatur über den Offenbarungseid: Drache in Busch, Zeitschr. III S. 314 ff., Mugdan das. V S. 262 ff. und in Gruchot, Beitr. XXVI S. 274 ff., Krech in Gruchot XXVI S. 218 ff., Just im civ. Arch. 68 S. 342 ff., Grisebach in Bödiker, Mag. II S. 233 ff., Bunsen in Meckl. Zeitschr. II S. 321 ff., Francke, Der Offenbarungseid. Berlin 1885, Hellmann, Lehrb. S. 853 ff. Ueber die Geschichte des Offenbarungseides s. Gallinger, Der Offenbarungseid. München 1884.

1) Dieser Abschnitt faßt zwei Vollstreckungsmittel zusammen, welche einen inneren Zusammenhang unter einander nicht haben und daher in den meisten Gesetzgebungswerken (vgl. z. B. N. E.) in getrennten Abschnitten behandelt werden. Die §§ 780—784 handeln vom Offenbarungseide (bei fruchtloser Zwangsvollstreckung in den Fällen der § 711 und 769; vgl. auch KO. §§ 65, 115), die §§ 785—795 von der Haft, und zwar von dieser im Allgemeinen, nicht blos von der Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides, von welcher in den §§ 782, 783, 795 die Rede ist (vgl. d. allg. Bem. zu den §§ 785—794).

2) Der civilrechtlich gebotene Offenbarungseid (vgl. z. B. EG. z. CPO. § 16 Nr. 3, Preuß. AGO. I, 22 §§ 28, 29) fällt nicht unter die §§ 780—784. Ueber die Pflicht zur Ableistung desselben ist im ordentlichen Verfahren zu verhandeln und durch Endurtheil zu entscheiden; eine Entscheidung durch Zwischenurtheil oder Beweisbeschluß ist der Natur der Sache nach nicht zulässig (Francke a. a. O. S. 106 ff. A. M. Grisebach a. a. O. S. 239 ff.); Urtheile auf Ableistung des fraglichen Eides unterliegen den Bestimmungen des § 774. (Vgl. die in § 774 Anm. 1 mitgetheilte Stelle der Mot., Krech a. a. O. S. 220, Grisebach a. a. O. S. 233 ff., Francke a. a. O. S. 108 ff., RG. XI S. 395, OLG. Rostock in Seuffert, Arch. 40 Nr. 31, Just im civ. Arch. 68 S. 334 ff. sowie alle Kommentare. Die entgegengesetzte Auffassung von Mugdan in Gruchot, Beitr. XXVI S. 274 ff. übersieht die systematische Stellung der §§ 780 ff. und die grundsätzliche Schonung des Civilrechts in der CPO.; daß § 781 sich mit der gedachten Auffassung nicht vereinigen lasse, giebt er übrigens S. 279 selbst zu.) Die Leistung erfolgt in letzterem Falle vor dem Prozeßgericht, nicht (nach § 684) vor dem Vollstreckungsgericht (s. auch RG. a. a. O., Gaupp III S. 417, 418, Francke a. a. O. S. 116 ff., Just a. a. O. S. 341 ff. A. M. Mugdan a. a. O. S. 280 ff.). Auch die — gleichfalls vom Prozeßgerichte festzustellende (s. RG. a. a. O.) — Formel des Eides bestimmt sich nach Landesrecht.

3) In Preußen bezieht sich die allg. Verf. d. Just.Min. v. 23. März 1885, betr. die Vertretung des Fiskus in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten der Justizverwaltung (JMBl. S. 149) auch auf das in den §§ 780—795 vorgeschriebene Verfahren (Allg. Verf. d. Just. Min. v. 22. Dez. 1886 — JMBl. S. 340).

§ 780.

1) Die Voraussetzungen und den Inhalt des Offenbarungseides bestimmen die §§ 711 und 769; die §§ 780—784, 795 betreffen das Verfahren.

§ 781. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

N. Entw. § 1035 Abs. 2. Entw. I. § 701. Entw. II. § 714. Entw. III. § 727. Mot. S. 445. Prot. S. 420, 421.

---

2) Ueber den Begriff des Wohnsitzes vgl. § 13 Anm. 1, des Aufenthaltsorts § 18 Anm. 2. Das Gericht des Aufenthaltsorts tritt — abweichend von § 18 — schon ein, wenn der Schuldner im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat; ob er anderswo einen Wohnsitz hat, ist unerheblich. Vgl. § 13 Anm. 2. Der Gerichtsstand ist ausschließlich (§ 707).

3) „Vollstreckungsgericht" — vgl. § 684.

4) Ein Antrag, daß das Vollstreckungsgericht die erfolgte Abnahme des Offenbarungseides sofort öffentlich bekannt machen solle, wurde von der RTK. abgelehnt. Die Anlegung besonderer Verzeichnisse aller derer, welche den Offenbarungseid geleistet haben, und deren Mittheilung an solche, welche ein Interesse daran haben, ist nicht ausgeschlossen.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. § 43, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31 Abs. 1, 32.

§ 781.

1) Abs. 1: In Folge der äußerst knappen und nicht ganz deutlichen Fassung der §§ 781, 782 ist die Konstruktion des Verfahrens im Ganzen und im Einzelnen sehr kontrovers. Man ist zwar einig, daß dasselbe eine „gerichtliche Handlung der Zwangsvollstreckung" darstelle (vgl. GKG. § 35 Nr. 2). Während aber von der einen Seite eine mündliche Verhandlung für wesentlich erachtet wird, sobald ein Streit über die Verpflichtung zur Eidesleistung entsteht, und da ein solcher in jedem Falle entstehen kann, von vornherein die entsprechenden Regeln angewendet werden (vgl. z. B. Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 780—784 I 2, Puchelt II S. 650, Gaupp III S. 430, 432, Sarwey II S. 279, Drache a. a. O. S. 314, Fitting S. 372, Just a. a. O. S. 342 ff., 356, 357, Francke a. a. O. S. 43 ff., Fischer im civ. Arch. 70 S. 348 u. A.), wobei allerdings noch Streit besteht, ob die Verhandlung schon im ersten Termine stattfinden kann (s. Anm. 2 a. E.), legen Andere mehr den Gesichtspunkt der Vollstreckungshandlung allein und der Einwendung gegen diese (vgl. § 685) zu Grunde und lassen demgemäß mündliche Verhandlung nur fakultativ in den betreffenden Fällen zu (vgl. § 684 Abs. 3). [So Wilm. Levy Anm. 1 u. 3, Endemann III S. 335, Krech a. a. O. S. 237 ff., Mugdan a. a. O. S. 269 ff. u. A. Vgl. auch OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 331.] Da eine „Ladung" — nämlich zu einem Zwischenverfahren vor Gericht, nicht zu einer der richterlichen Mitwirkung nicht bedürfenden einfachen Vollstreckungshandlung — verlangt und eventuell durch „Urtheil" (Anm. 2; s. Just a. a. O. S. 351) entschieden wird (s. §§ 119, 191 Abs. 1), so erscheint die erstere Ansicht als die richtigere.

Die Ladung muß nach § 191 durch den Gläubiger erfolgen. Sie enthält die Aufforderung zur Eidesleistung, im Falle des § 711 zugleich zur Vorlegung des Vermögensverzeichnisses, welches auch ausdrücklich gefordert werden kann, eventuell zur Verhandlung über die Verpflichtung zur Eidesleistung vor dem Gericht in dem nach §§ 193, 194 von demselben bestimmten Termin zu erscheinen. Außer dem entsprechenden Antrage in der Ladung, welcher die Rechtssache zu bezeichnen hat, ist eine weitere Vorbereitung des Termins nicht erforderlich (A. M. Mugdan a. a. O. S. 268, 269). Auch § 193 findet unbeschränkt Anwendung. Denn die CPO. kennt überhaupt keine Ladung zu einem Termin, welcher nicht in Gemäßheit des § 193 vom Vorsitzenden anberaumt wird, und die im ersten Buche enthaltenen allgemeinen Bestimmungen der CPO. gelten auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren. Eine Abweisung des Antrags a limine (vgl. § 193 Anm. 3) findet daher auch hier nicht statt. (So auch Seuffert Anm. 2, 3, Krech a. a. O. S. 260, Petersen §§ 780—784 I 2. A. M.: Mugdan a. a. O.

S. 266, 274, Francke a. a. O. S. 59 ff., Just a. a. O. S. 354, Wilm. Levy Anm. 1, welche sich mit Unrecht auf § 671 berufen, obwohl der Beginn der Zwangsvollstreckung im Manifestationsverfahren erst in der richterlichen Anordnung des Eides besteht, nicht in der blos vorbereitenden Handlung der Terminsanberaumung und deshalb die nach § 671 erforderliche Prüfung der Rechtskraft noch zeitig im Termine vorgenommen werden kann.) Die Ladungsfrist — nicht die Einlassungsfrist (Francke a. a. O. S. 97) — ist einzuhalten. Ein Antrag, den Abs. 1 dahin zu fassen:

„Das Verfahren beginnt, insofern der Schuldner nicht freiwillig sich stellt, mit der Ladung desselben zur Leistung des Offenbarungseides,"

wurde von der RTK. abgelehnt, nachdem darauf hingewiesen war, daß auch der Gläubiger stets Nachricht vom Termine haben müsse (vgl. jedoch § 783).

Nach dem Grundsatze des § 461 ist es den Parteien übrigens auch gestattet, sich ohne weiteres behufs Abnahme des Offenbarungseides vor dem Vollstreckungsgericht einzufinden. (So auch Hellmann III S. 149, Wilm. Levy Anm. 1, Petersen a. a. O. u. A. Mugdan a. a. O. S. 265 erkennt mit Unrecht eine Verpflichtung des Vollstreckungsgerichts zur Eidesabnahme nicht an.)

Für Prozeßunfähige ist der gesetzliche Vertreter zu laden (s. Mot. S. 286, § 440 Anm. 1).

Bei der Ladung von Offizieren der Marine und von aktiven Offizieren der Landarmee hat in Preußen der Gerichtsschreiber dem Militärvorgesetzten Nachricht zu geben (Allg. Verf. des Just.-M. v. 28. Febr. u. 24. April 1880 — JMBl. S. 41, 92).

2) Abs. 2: Ist der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides bereit, so findet eine Prüfung der Zuständigkeit und der Voraussetzungen des Offenbarungseides nicht weiter statt, sondern der Eid ist sofort abzunehmen (s. auch Petersen a. a. O., Krech a. a. O. S. 244. A. M.: Seuffert Anm. 3a, 5, Hellmann, Lehrb. S. 855). Bestreitet der Schuldner dagegen seine Verpflichtung, z. B. wegen Mangels der Voraussetzungen der §§ 711, 769 oder auf Grund des § 784, so besteht das Verfahren in der (obligatorischen) mündlichen Verhandlung über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides. Dies folgt schon daraus, daß es sich um einen „durch Urtheil" (diese Worte sind von der sog. Vorkommission, freilich ohne deutliches Bewußtsein ihrer Tragweite, eingeschaltet) zu erledigenden Streit zwischen den Parteien handelt (s. § 284 Z. 3 v. „mündlichen Vorträge"); auch der folgende Satz spricht von „Rechtskraft des Urtheils" (Entw. I ist in dieser Beziehung geändert). [So auch RG. X S. 411, Seuffert Anm. 3b, Gaupp III S. 431, 432, Petersen a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 855, 856, Francke a. a. O. S. 42 ff., Just a. a. O., H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 345, 346 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 3, Krech a. a. O. S. 237 ff., Mugdan a. a. O. S. 270 u. A.] § 684 Abs. 3 ist hier nicht anwendbar. Die dort erwähnten „Entscheidungen" sind anderer Art (vgl. § 684 Anm. 3). [Freilich läßt sich die von Krech a. a. O. S. 251 hervorgehobene Möglichkeit einer Verzögerung bei dieser Konstruktion nicht leugnen.] Der Gläubiger wird eventuell die Voraussetzungen der §§ 711, 769 durch Vorlegung der betreffenden Urkunden nachweisen müssen. Die bloße Weigerung zur Leistung bedingt noch keine Entscheidung (vgl. § 782).

Es besteht kein Grund, die Verhandlung nicht sofort stattfinden, sondern dazu von neuem besonders laden zu lassen (A. M.: Francke, Just, Hellmann, H. Meyer a. a. O.).

Einwendungen gegen den Anspruch selbst können nur im Wege des § 686 (behufs einstweiliger Einstellung des Verfahrens über den Offenbarungseid nach § 688) geltend gemacht werden (s. Francke a. a. O. S. 88 u. A.). Auch das Vollstreckungsgericht kann in diesem Falle, wenn der Rechtsstreit anhängig ist, nach § 139 die Verhandlung aussetzen (vgl. Seuffert Anm. 3b).

3) — „dem Gerichte" — d. h. dem in § 780 bezeichneten Amtsgerichte (A. M. Sarwey II S. 280, 281).

§ 782. Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

N. Entw. § 1035 Abs. 1. Entw. I. § 701 Abs. 1. Entw. II. § 715. Entw. III. § 728. Mot. S. 445. Prot. S. 420.

„Die Eidesleistung erfolgt" — nach den Vorschriften der §§ 440—446. Zur Eidesleistung hat der Gläubiger in diesem Falle wiederum zu laden.

— „erst nach dem Eintritt der Rechtskraft" — Gegen das Urtheil steht beiden Theilen die Berufung zu (nicht die sofortige Beschwerde, da § 701 hier nicht zutrifft). [So auch RG. X S. 411, Seuffert Anm. 3b, Puchelt II S. 650, Siebenhaar S. 715, Petersen a. a. O., Sarwey II S. 279, 280, Gaupp III S. 432, Kleiner III S. 237, Drache a. a. O. S. 328 u. A. A. M.: Wilm. Levy a. a. O., Uebel II S. 264, Krech a. a. O. S. 251 ff. (weil das Urtheil kein „Endurtheil" sei), Mugdan a. a. O., Endemann III S. 335.] Vgl. § 425 Abs. 2. Verzichtet der Schuldner auf das Rechtsmittel, so kann, wie in der RTK. konstatirt wurde, die Eidesleistung sofort erfolgen.

4) Bleibt der Gläubiger aus, so kann der Schuldner nicht nach § 782 zur Eidesleistung gezwungen werden, vielmehr ist auf seinen Antrag der Antrag auf Leistung des Offenbarungseides durch Versäumnißurtheil abzuweisen, gegen welches der Einspruch zulässig ist (§§ 295, 303, 312 Abs. 2). [So auch Fitting § 96 Anm. 6, Seuffert Anm. 5, Puchelt a. a. O., Sarwey a. a. O., Gaupp III S. 431, Fischer a. a. O. S. 348, H. Meyer a. a. O. S. 347. A. M.: Petersen a. a. O., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 331, Wilm. Levy Anm. 1 (welche event. nach § 781 Abs. 2 bzw. § 782 verfahren wollen); ähnlich Kleiner III S. 338, Krech a. a. O. S. 259, Just a. a. O. S. 342 ff., Drache a. a. O. S. 321 ff., Francke a. a. O. S. 72 ff.] Ist der Schuldner zur Leistung des Eides bereit, so steht derselben aber nichts entgegen (vgl. auch Gaupp a. a. O.). Wegen des Ausbleibens des Schuldners s. § 782.

5) Die Kosten des Verfahrens fallen unter die §§ 87, 697; es muß aber, wie bei gerichtlichen Zwischenstreitigkeiten, eine Entscheidung und Festsetzung durch das Gericht erfolgen (vgl. § 697 Anm. 1). Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 2, § 39 (beide in der neueren Fassung) und oben § 780 Anm. 5.

§ 782.

1) — „nicht erscheint" — oder nicht verhandelt. Bloßer schriftlicher Widerspruch ist nicht zu berücksichtigen.

— „oder die Leistung des Eides verweigert" — Als verweigernd gilt auch der, welcher die Vorlage des Vermögensverzeichnisses ablehnt (vgl. § 781 Anm. 2, Hellmann III S. 150, Gaupp III S. 433).

— „ohne Grund" — d. h. ohne seine Verpflichtung zu bestreiten, oder nach rechtskräftiger Verwerfung eines solchen Einwandes (vgl. § 355). Ob der Schuldner einen anderen Grund angiebt, ist unerheblich. Selbstverständlich hat das Gericht (abweichend von den Fällen des § 781 Anm. 2 i. A.) von Amtswegen zu prüfen, ob die prozessualischen Voraussetzungen des Offenbarungseides [vgl. z. B. § 671, auch § 795 (s. OLG. Dresden im civ. Arch. 70 S. 158)] vorliegen und im Verneinungsfalle den Antrag trotz Nichterscheinens des Schuldners zurückzuweisen (vgl. § 781 Anm. 1).

Ein Versäumnißurtheil gegen den Schuldner wird (abweichend von § 430) nicht erlassen; es giebt also auch keinen Einspruch.

— „das Gericht" — vgl. §§ 780, 781. Der Sache nach ist die Erzwingung der Eidesleistung durch Haft hier nur eine Anwendung des Grundsatzes des § 774. Wegen des Sicherheitsarrestes s. § 798 Anm. 1.

2) — „auf Antrag" — Derselbe ist im Termine zu stellen (so auch Gaupp a. a. O.

§ 783. Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrag ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntniß gesetzt.

N. Entw. § 1036. Entw. I. § 702. Entw. II. § 716. Entw. III. § 729. Mot. S. 445. Prot. S. 420.

§ 784. Ein Schuldner, welcher den im §. 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

N. Entw. § 1037. Entw. I. § 703. Entw. II. § 717. Entw. III. § 730. Mot. S. 445. Prot. S. 420.

Francke a. a. O. S. 74 ff. A. M.: Krech a. a. O. S. 268, Wilm. Levy Anm. 2 u. § 781 Anm. 2 a. E., Just a. a. O. S. 354).

Bleiben beide Theile aus, so ruht das Verfahren nach § 228 (Gaupp III S. 431, Petersen §§ 780—784 I 2, Francke a. a. O., Hellmann, Lehrb. S. 855. A. M.: Krech a. a. O., Mugdan a. a. O. S. 274, Just a. a. O. S. 354, 357 unter d).

— „die Haft" — Geldstrafe ist auch im Falle des § 769 nicht zulässig. Der Haft unterliegt auch der gesetzliche Vertreter.

— „anzuordnen" — durch Beschluß unter Erlassung des Haftbefehls (§ 789). Berufung ist nicht zulässig, weil ein Endurtheil nicht vorliegt (vgl. § 472), wohl aber sofortige Beschwerde (vgl. § 701), da es in den Fällen des § 782 zu einer mündlichen Verhandlung überhaupt nicht kommt. Dies gilt auch von dem abweisenden Beschlusse (s. Anm. 1). (So OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 331, Gaupp III S. 433, Sarwey II S. 282, Wilm. Levy Anm. 2, Fitting § 96 Anm. 8, Krech a. a. O. S. 270 (gegen den abweisenden Beschluß will dieser jedoch nur einfache Beschwerde zulassen) theilweise in Konsequenz ihres sonstigen Standpunkts (vgl. § 781 Anm. 3), jetzt auch Petersen §§ 780—784 II 2, Seuffert Anm. 3c. A. M.: Puchelt II S. 651, Kleiner III S. 238, 239.) Die Dauer der Haft wird in dem Beschlusse nicht bestimmt. Nach Anordnung der Haft kann diese nicht mehr durch den Schuldner abgewendet werden (s. Krech a. a. O. S. 271, 272, auch Seuffert § 783 Anm. 2 gegen Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 637 u. Francke a. a. O. S. 83); dem Letzteren bleibt nur die Hülfe des § 783.

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung), 43 und oben § 780 Anm. 5.

§ 783.

1) — „dem Amtsgerichte des Haftorts" — nicht nothwendig dem des § 780.

2) — „ohne Verzug" — Die Eidesleistung erfolgt ohne zuvorige Ladung oder Benachrichtigung des Gläubigers, wie auch aus Abs. 2 hervorgeht. Ueber dieselbe ist ein Protokoll aufzunehmen (vgl. Seuffert Anm. 1).

3) Abs. 2: Die Benachrichtigung ist formlos und geschieht von Amtswegen durch das in Abs. 1 bezeichnete Gericht.

§ 784.

1) Der Grund der Vorschrift liegt darin, daß der in § 711 erwähnte Offenbarungseid das ganze Vermögen umfaßt. (Anders der Offenbarungseid des § 769, dessen Wiederholung daher nicht ausgeschlossen ist; so auch außer allen Komm. Wach I S. 271.) Vgl. auch § 795. Der § 784 findet auch auf den Schuldner Anwendung, welcher den Offenbarungseid des § 115 der KO. geleistet hat, da dieser gleichfalls das ganze Vermögen umfaßt.

2) — „später" — d. h. nach Vorlegung des Vermögensverzeichnisses. Auch derselbe (betreibende) Gläubiger kann alsdann die nochmalige Eidesleistung fordern.

§ 785. Die Haft ist unstatthaft:

1. gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;
2. gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
3. gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiff angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.

N. Entw. § 1061. Entw. I. § 704. Entw. II. § 718. Entw. III. § 731. Mot. S. 446. Prot. S. 420, 421.

---

§§ 785—794.

Die §§ 785—794 enthalten allgemeine Bestimmungen über die Haft im Vollstreckungsverfahren. Dieselbe ist zulässig zur Erzwingung der Vornahme einer Handlung, welche durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann (§ 774), und zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides (§ 782).

„Die Haft ist in Ausführung des dem Reichsges. vom 29. Mai 1868 zum Grunde liegenden Gedankens auf die Fälle des Zwanges zu einer Handlung beschränkt, welche durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann (§ 774). Der Zwang zur Leistung des Offenbarungseides (§ 782) ist nur eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes." (Mot.)

Besonders auszusprechen, daß die Zwangsvollstreckung durch Haft in anderen Fällen nicht stattfindet (N. E. § 1060), ist nicht für nothwendig erachtet. Insoweit durch die Haft die Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere erzwungen werden soll, ist sie bereits durch Ges. v. 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) aufgehoben worden.

Ueber die Natur der Haft s. § 790 Anm. 2. Daß die in den Mot. nicht erwähnte „Strafe der Haft" des § 775 (ebenso wie in den Fällen der §§ 345 Abs. 1, 355 Abs. 1) sich nicht nach den §§ 785 ff. regelt, ergiebt sich aus deren Charakter als Strafe (s. § 775 Anm. 2). Die systematische Stellung des § 775 im achten Buche, worauf sich die entgegengesetzte Ansicht stützt [Puchelt II S. 655, Uebel II S. 266, Hellmann III S. 143, Endemann III S. 333, Kleiner III S. 241 (welche Letzteren die §§ 785 ff. auf alle Fälle anwenden, „in denen nach der CPO. Haft erkannt worden ist")], kann dem gegenüber nicht wesentlich in Betracht kommen, obschon jene Ansicht auch in der RTK. (Prot. S. 420, 421) ohne Widerspruch geäußert worden ist. [Uebereinstimmend: Fitting § 97 Anm. 1 (wo übrigens irrig 755 statt 775 gedruckt ist), Sarwey II S. 284, Petersen, allg. Bem. z. Abschn. 4, Gaupp III S. 429, Merkel, Arrest S. 8 Anm. 2, jetzt auch Seuffert, allg. Bem. z. 4. Abschn. unter 2 u. Wilm. Levy S. 987 u. § 775 Anm. 1; vgl. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 100 Abs. 2.] Ebensowenig gehört hierher die nach den §§ 774, 775 im Unvermögensfalle an die Stelle der Geldstrafe tretende Haftstrafe (vgl. §§ 774 Anm. 4, 775 Anm. 2).

Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden nach § 355 Abs. 2 auf die Haft zur Erzwingung des Zeugnisses entsprechende Anwendung (Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 100 Abs. 1), und ebenso richtet sich nach den §§ 785—794 die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes, wenn sie durch Haft erfolgt (§ 812). Wegen der Haft im Konkurse s. KO. § 93 Abs. 2 u. § 115.

Ist die Partei nicht prozeßfähig, so unterliegt nur der gesetzliche Vertreter der Haft (vgl. Seuffert a. a. O.).

§ 785.

1) Der § 785 enthält Befreiungen von der Haft im öffentlichen Interesse. Dieselben hindern nur die Vollstreckung (§§ 790, 793), nicht die Anordnung der Haft und die Erlassung des Haftbefehls (Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 2, Endemann III S. 338 Anm. 1,

§ 786. Die Haft wird unterbrochen:

1. gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;
2. gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse.

N. Entw. § 1062. Entw. I. § 705. Entw. II. § 719. Entw. III. § 732. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

§ 787. Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 720. Entw. III. § 733. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

---

jetzt auch Petersen §§ 785—788 I 2 u. A.; s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 98 Abs. 3. Vgl. § 685. Wegen der Gebühren des Gerichtsvollziehers in diesem Falle s. GO. f. GV. § 9 Abs. 2.

2) Nr. 1: „Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung" — vgl. § 347. Die Bestimmung entspricht dem Art. 31 der Reichsverfassung und den Verfassungsbestimmungen der meisten Einzelstaaten (vgl. z. B. Art. 84 der Preuß. Verfassungsurk. v. 31. Jan. 1850).

3) Nr. 2: „Militärpersonen" — vgl. § 14 Anm. 1. — „mobilen Truppentheil"; „in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges" — vgl. §§ 184 Anm. 1, 699 Anm. 2. Gegen andere Militärpersonen, welche nicht in diesen Verhältnissen stehen, ist Haft zulässig. Vgl. § 793.

4) Nr. 3: Die Befreiung der Besatzung eines segelfertigen Schiffs (selbstverständlich auch Dampfschiffs) von der Schuldhaft enthält bereits das HGB. Art. 445, 446 Abs. 3. Auf Flußschiffe bezieht sich die Bestimmung nicht.

§ 786.

1) Nr. 1: vgl. Reichsverfassung Art. 31. Ohne das Verlangen der gesetzgebenden Versammlung kann der Schuldner die Freilassung nicht fordern.

2) Nr. 2: vgl. § 785 Anm. 3. Die Unterbrechung wird in diesem Falle von Amtswegen durch das Amtsgericht des Haftorts anzuordnen sein; vgl. §§ 783 Abs. 1, 792, 794 (Puchelt II S. 656, Seuffert, Anm. 2. A. M.: Gaupp III S. 436 und Kleiner III S. 244, welche einen Antrag der Militärbehörde verlangen); auch kann der Verhaftete sie (nach § 685) fordern.

§ 787.

1) Es ist dieses die einzige Beschränkung der Zulässigkeit der Haft aus Rücksicht auf die Person des Schuldners. Ueber das Vorhandensein der Voraussetzungen wird nöthigenfalls das Gutachten von Sachverständigen einzuholen sein. (Vgl. Bayer. PO. Art. 1146, P. E. § 1098 Nr. 6.)

2) — „nicht vollstreckt" — Die Anordnung und der Erlaß des Haftbefehls sind nicht unzulässig. Hat die Haft schon begonnen, so ist sie zu unterbrechen (s. § 685; Bayer. PO. Art. 1146). Die Entscheidung hat zunächst der Gerichtsvollzieher (§ 790), eventuell das Gericht (§ 685; s. auch Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 98 Abs. 3 und 4, Bayer. Bek. v. 30. Sept. 1879, die Ausführung der Zwangsvollstreckung betr. 2c., § 72, Württ. Dienstanw. f. d. GV. § 100 Abs. 2 Nr. 2; abweichend Bad. Dienstanw. f. d. GV. § 118). Vgl. auch GO. f. GV. § 9 Abs. 2.

3) — „solange dieser Zustand dauert" — Hört derselbe auf, so kann der Vollzug des Haftbefehls ohne Weiteres fortgesetzt werden.

§ 788. Die Haft wird in einem Raume vollstreckt, in welchem nicht zugleich Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden.

R. Entw. § 1063. Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. S. 446. Prot. S. 421.

§ 789. Das Gericht hat bei Anordnung der Haft einen Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind.

R. Entw. § 1064. Entw. I. § 706. Entw. II. § 721. Entw. III. § 734. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

§ 790. Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Der Haftbefehl muß bei der Verhaftung dem Schuldner vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgetheilt werden.

R. Entw. § 1065. Entw. I. § 707. Entw. II. § 722. Entw. III. § 735. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

---

§ 788.

1) Der § 788 ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. aufgenommen.

2) Der betreffende Raum darf an sich (wie das Gebäude) auch zum Gefängnisse für Untersuchungs- oder Strafgefangene dienen; aber in demselben Raume dürfen sich solche nicht gleichzeitig befinden. (Vgl. auch Petersen §§ 785—788 II, Seuffert Anm. 2 u. A.) Indessen ist ein Verzicht auf diese (häufig eine Einzelhaft bedingende) Beschränkung nicht ausgeschlossen (s. Endemann III S. 340, Wilm. Levy Anm. 1).

§ 789.

1) „Das Gericht" — ist dasjenige, welches die Haft anzuordnen hat, mithin in dem Falle des § 774 das Prozeßgericht erster Instanz, im Falle des § 782 das Amtsgericht des Wohnorts bzw. Aufenthaltsorts des Schuldners, im Falle des § 355 Abs. 2 das Prozeßgericht bzw. der beauftragte oder ersuchte Richter (§ 365), im Falle des § 812 das Arrestgericht.

2) Der Haftbefehl ist gewissermaßen die Vollmacht des Gerichtsvollziehers (§ 790). Ein besonderer Antrag des Gläubigers ist nicht erforderlich; im Falle des § 782 genügt namentlich der im § 782 vorausgesetzte Antrag (s. auch Gaupp III S. 438. A. M. Puchelt II S. 657). Vgl. § 790 Anm. 1. Der Haftbefehl ist dem Gläubiger von Amtswegen zuzustellen, und zwar gleichzeitig mit dem Beschlusse (vgl. § 782, Dorendorf, Arrest S. 134 Anm. 75a), soweit es einer Zustellung des letzteren bedarf, was sich nach § 294 richtet (vgl. Krech a. a. O. S. 270).

> „Der — Haftbefehl bildet wie die vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels die formelle Grundlage der Vollstreckung und muß schon aus diesem Grunde, damit die von dem Schuldner zu erzwingende Leistung ersichtlich bleibt, den Grund der Verhaftung enthalten und bei der Verhaftung selbst vorgezeigt werden". (Mot.)

Der Gerichtsvollzieher hat sich jedoch auch die vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels aushändigen zu lassen (vgl. § 671, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 98 Abs. 2).

§ 790.

1) Der Gerichtsvollzieher ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 674) vom Gläubiger zu beauftragen. Seine Thätigkeit ist innerhalb der gesetzlichen Schranken eine selbständige; indessen bleibt, wie die Mot. besonders hervorheben, das von ihm bei der Verhaftung einzuhaltende Verfahren (neben den §§ 678, 679, 681) instruktionellen Vorschriften vorbehalten; vgl. z. B. Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 98; wegen der „Nachverhaftung" eines bereits zum Zwecke der Zwangsvollstreckung verhafteten Schuldners s. das. § 99. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 9 Abs. 1.

2) Die Haft ist nur Zwangsmittel, nicht Strafe. Es bedarf also nicht der Analogie des StrGB. § 18, um sie als einfache Freiheitsentziehung zu charakterisiren (s. § 774 Anm. 2, 4 und die allg. Bem. z. d. §§ 785—794).

> „Daß die Haft nur in Entziehung der Freiheit besteht, versteht sich nach § 18 Abs. 2 d. StrGB. von selbst. Im Uebrigen müssen die näheren Bestimmungen der Ausführung sich wesentlich den örtlichen Verhältnissen anschließen". (Mot.)

§ 791. Vor der Verhaftung eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, nachdem die vorgesetzte Behörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Die Behörde ist verpflichtet, ohne Verzug die erforderlichen Anordnungen zu treffen und den Gerichtsvollzieher hiervon in Kenntniß zu setzen.

N. Entw. § 1066. Entw. I. § 708. Entw. II. § 723. Entw. III. § 736. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

§ 792. Der Gläubiger hat die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat vorauszuzahlen. Die Aufnahme des Schuldners in das Gefängniß ist unstatthaft, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet ist. Wird die Zahlung nicht spätestens bis zum Mittage des letzten Tages erneuert, für welchen sie geleistet ist, so wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen. Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

N. Entw. § 1067. Entw. I. § 709. Entw. II. § 724. Entw. III. § 737. Mot. S. 446, 447. Prot. S. 421, 583.

---

§ 791.

1) Die Vorschriften des § 791 sind im öffentlichen Interesse gegeben.

2) „Beamten, Geistlichen, Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten" — vgl. § 715 Anm. 7.

3) — „der vorgesetzten Dienstbehörde — Die vorgesetzten Dienstbehörden der verschiedenen Kategorieen der Reichsbeamten sind durch die Kais. Verordn. v. 23. Novbr. 1874 (RGBl. S. 135) bestimmt; vgl. auch Verordn. v. 19. Dez. 1875 § 2 (RGBl. S. 378). Rücksichtlich der Beamten der Einzelstaaten, der Geistlichen und der Lehrer entscheidet das Landesrecht.

§ 792.

1) Für die Vorauszahlung der Haftkosten ist der Zeitraum von 1 Monat festgesetzt, um den Schuldner vor zu leichtfertigem Gebrauche der Haft zu schützen. Die Haftkosten gehören zu den Vollstreckungskosten (§ 697), und zwar zu den baaren Auslagen des Gerichts, und bestimmen sich nach Maßgabe der für die Strafhaft geltenden landesgesetzlichen Vorschriften (GKG. § 79 Nr. 8). Wegen der Erstattung s. § 697.

Das Armenrecht entbindet von der Vorauszahlung (s. § 107 Anm. 3; vgl. auch Puchelt II S. 659, Siebenhaar S. 717, Gaupp III S. 440, Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 792, 793 Nr. 1 u. A. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, OLG. Kassel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 165, Francke a. a. O. S. 5, Dorendorf, Arrest S. 136.

Die Erlassung des Haftbefehls darf von der Vorauszahlung nicht abhängig gemacht werden. Ob der Vorschuß rechtzeitig geleistet bzw. erneuert ist, beurtheilt zunächst der Gerichtsvollzieher, sodann die Gefängnißverwaltung (Gaupp III S. 440, 441, Wilm. Levy Anm. 1 a. E., Hellmann, Lehrb. S. 858 u. A.).

2) — „aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun" — d. h. wegen Nichterneuerung des Vorschusses oder wegen einer ohne Zustimmung des Schuldners vom Gläubiger beantragten Unterbrechung der Haft, welche letztere leicht zu Chikanen von Seiten des Gläubigers führen könnte, wenn eine Erneuerung der Haft zulässig wäre. Ist der Schuldner aus anderen Gründen entlassen, so ist die Erneuerung der Haft unbeschränkt.

3) — „auf Antrag desselben Gläubigers" — d. h. zugleich auf Grund desselben vollstreckbaren Titels (Gaupp III S. 441, Petersen a. a. O., Wilm. Levy Anm. 2, Hartmann S. 295 Anm. 20 u. A.). Auch der Rechtsnachfolger unterliegt der Beschränkung.

„Erneuerung der Haft" — d. h. Wiederverhaftung aus demselben Grunde. Entsteht

§ 793. Soll die Haft gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson vollstreckt werden, so hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

N. Entw. § 1068. Entw. I. § 710. Entw. II. § 725. Entw. III. § 738. Mot. S. 446. Prot. S. 421.

§ 794. Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen.

N. Entw. § 1069. Entw. I. § 711. Entw. II. § 726. Entw. III. § 739. Mot. S. 447. Prot. S. 421.

§ 795. Ein Schuldner, gegen welchen wegen Verweigerung des im §. 711 erwähnten Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von neuem zur Leistung dieses Eides durch Haft nur angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe.

N. Entw. § 1037. Entw. I. § 712. Entw. II. § 727. Entw. III. § 740. Mot. S. 447. Prot. S. 421.

---

ein neuer Haftgrund (vgl. z. B. § 784), so kann auch von demselben Gläubiger eine Wiederholung der Verhaftung beim Gerichte beantragt werden (vgl. Prot. S. 583).

§ 793.

1) Die Vorschrift ist zur Wahrung dienstlicher Interessen gegeben. Vgl. auch § 699 Abs. 1. Nur die Vollstreckung, nicht die Anordnung der Haft gebührt der Militärbehörde (vgl. § 355 Anm. 5). Das Ersuchen setzt nach allgemeinen Grundsätzen einen Antrag des Gläubigers voraus (s. auch Puchelt II S. 662, Gaupp III S. 441. A. M. Kleiner III S. 249); es erfolgt durch das Gericht, welches die Haft angeordnet hat. Gehört die Militärperson einem mobilen Truppentheile oder einem in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuge an, so greift § 785 Nr. 2 Platz.

2) Ueber die Begriffe „aktives Heer" und „aktive Marine" vgl. § 158 Anm. 2. Unter „vorgesetzte Militärbehörde" ist nach den dieserhalb erlassenen Bestimmungen (vgl. § 343 Anm. 4) zu verstehen für die Armee und Marine:

> „derjenige Militärbefehlshaber, welchem über die betreffende Militärperson die Gerichtsbarkeit, und, wenn die Militärperson zu den Unteroffizieren oder Gemeinen gehört, die niedere Gerichtsbarkeit zusteht",

ferner für die Armee:

> „in Bayern derjenige Kommandant, welcher Vorstand des gegen die betreffende Militärperson zuständigen Militär-Untergerichts ist; in Württemberg derjenige Militärbefehlshaber, welchem über die betreffende Militärperson die Gerichtsbarkeit zusteht."

3) Die Mitwirkung des Gerichts ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13).

§§ 794, 795.

Die in den §§ 794, 795 enthaltenen Beschränkungen der Haft sind theils durch Rücksichten der Humanität, theils durch die Erwägung geboten, daß von einer weiteren Haft ein Erfolg sich nicht erwarten läßt. § 794 bezieht sich nur auf ein und denselben Gläubiger und auf dieselbe Leistung. Anders § 795, welcher mit § 784 übereinstimmt. Selbstverständlich kann im Falle des § 794 der Gläubiger auch früher die Entlassung herbeiführen.

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 796. Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein betagter ist.

N. Entw. § 692. Entw. I. § 713. Entw. II. § 728. Entw. III. § 741. Mot. S. 448, 449. Prot. S. 423–425.

Fünfter Abschnitt.

Mot. S. 447, 448.

Literatur: Merkel, Ueber Arrest- und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden Deutschen Prozeßrecht. Halle 1880. Dorendorf, Arrest und einstweilige Verfügungen nach den Vorschriften der D. CPO. Breslau 1884. Peters, Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach Preußischem Rechte. Berlin 1884. Werner, Das Recht des Arrestes im Civilprozesse, unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Immobiliararrestes systematisch dargestellt. Erlangen 1884. Fitting §§ 98, 99; Dernburg I § 146; v. Bar, D. Deutsche Civilprozeßrecht. Leipzig 1880. S. 76 ff.; Wieding im Rechtslexikon I S. 154 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 944 ff. Ueber älteres Recht: Wach, Der Arrestprozeß in geschichtlicher Entwickelung I (1868) § 15; Strey, Lehre von den Arresten usw. Berlin 1859. S. 1 ff., 9 ff.

1) Ueber den Unterschied von Arrest und einstweiligen Verfügungen bemerken die Mot.:

> „Der Arrest dient zur Sicherung von Werthen, zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 796), die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung (§ 814) oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß (§ 819). Die Unterscheidung schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buchs im Wesentlichen an und findet in dieser und in der Verschiedenheit der durch die Sicherung verfolgten Zwecke ihre Rechtfertigung (vgl. N. E. §§ 692, 729, 740; Nordd. Prot. S. 1214, 1240, 1242)."

Der Arrest entspricht im Allgemeinen dem zweiten, die einstweilige Verfügung dem dritten Abschnitte dieses Buchs (vgl. jedoch § 796 Anm. 2). Indessen wird die einstweilige Verfügung nicht durch die in dem letzteren behandelten Fälle erschöpft (vgl. z. B. §§ 584, 613, EG. z. CPO. § 16 Nr. 4, 6). Der Arrest ist stets, die einstweilige Verfügung in der Mehrzahl der Fälle eine antizipirte Zwangsvollstreckung, welche auf Grund eines summarischen Verfahrens (vgl. oben S. 620 unter 2) angeordnet wird, aber nicht zur Befriedigung, sondern nur zur Sicherstellung des Gläubigers führt. Uebrigens ist hier nur von dem „Sicherheitsarrest" (vgl. § 798) oder „Sicherungsarrest" [vgl. Ges. v. 29. Mai 1868 § 2 (BGBl. S. 237)] — einem durch Gerichtsgebrauch entstandenen und durch die Reichsgesetzgebung des 16. Jahrhunderts bestätigten Institute — die Rede; über den Vollstreckungsarrest („Pfändung") s. § 708 ff. — Wenn sich eine gerichtliche Anordnung als „Arrestbefehl" (vgl. § 803) bezeichnet, während sie ihrem Inhalte nach eine einstweilige Verfügung ist, so steht diese falsche Bezeichnung der Gültigkeit der Anordnung nicht entgegen (RG. v. 20. Sept. 1884 — RAnz. Nr. 262.).

2) Die §§ 796—798 bestimmen die Voraussetzungen des Arrestes; §§ 799—803 handeln von der Anordnung desselben, §§ 804, 805 von dem Widerspruch gegen den Arrestbeschluß, §§ 806, 807 von der Aufhebung, §§ 808—812 von der Vollziehung des Arrestes, § 813 von der Aufhebung des vollzogenen Arrestes. §§ 814 und 819 bestimmen die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung, §§ 815—818 das Verfahren. Gemeinsame Vorschriften enthalten die §§ 821, 822. Vgl. auch § 648 Nr. 5.

3) Die Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen sind nach GVG. § 202 Nr. 2 Feriensachen.

4) Ueber den „offenen Arrest" im Falle des Konkurses s. KO. §§ 102 ff., 108 ff.

5) Ueber die völkerrechtliche Unzulässigkeit des Arrestes gegen fremde (außerdeutsche) Staaten s. Droop in Gruchot, Beitr. XXVI S. 289 ff. und das das. S. 297 ff. mitgetheilte Urth. des preuß. Gerichtshofs z. Entsch. d. Kompetenzkonflikte v. 14. Jan. 1882. Gegen das letztere erklärt sich Hellmann, Lehrb. S. 948, welcher bestreitet, daß die Reichsjustizgesetze nur mit Vorbehalt des Völkerrechts angewendet werden dürften. Vgl. auch Dorendorf a. a. O. S. 8 Anm. 26, Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens. Erlangen 1886. S. 202 ff. — Anders der Arrest gegen fremde Fürsten; derselbe ist in Preußen geregelt durch die Anh. §§ 201—204 zu AGO. I, 29 § 90.

6) Die Bestimmungen der CPO. über die Vollziehung und die Wirkungen des dinglichen Arrestes finden auch auf die nach der StrPO. zulässige Beschlagnahme einzelner zum Vermögen des Angeschuldigten gehörigen Gegenstände Anwendung (StrPO. §§ 325, 480, StrGB. §§ 93, 140).

§ 796.

1) Abs. 1: — „zur Sicherung der Zwangsvollstreckung" — Dies ist der einzige Zweck des Arrestes; vgl. d. allg. Bem. und d. §§ 797, 798. § 2 des Ges. v. 29. Mai 1868 ließ auch die gesetzlichen Vorschriften unberührt, welche den Personalarrest gestatten, um die Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens zu sichern; diese Arten des Sicherungsarrestes sind indessen theils durch die Beseitigung des Arrestforums und den dasselbe ersetzenden Gerichtsstand (vgl. § 24 Anm. 1), theils durch die Konstruktion des Verfahrens entbehrlich geworden und der CPO. nicht bekannt.

— „in das — Vermögen" — Ist also nur eine Zwangsvollstreckung gegen die Person durch Haft oder öffentliche Strafe in Frage (z. B. im Falle des § 774), so ist der Arrest nicht zulässig (vgl. Merkel a. a. O. S. 23, 29, Gaupp III S. 447, Puchelt II S. 669 u. A.).

Auch zur Sicherung der Vollstreckung von Urtheilen ausländischer Gerichte ist der Arrest zulässig (vgl. Kleiner III S. 256).

2) — „oder wegen eines Anspruchs — kann" — Hierdurch wird der Umfang des Arrestes auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche (s. § 21 Anm. 2) erweitert, da bei denselben die Möglichkeit des Uebergehens in eine Interesseforderung stets vorhanden ist (vgl. § 778). Will der Gläubiger sich die Individualleistung selbst sichern, so wird er nach den §§ 814 ff. vorgehen müssen; will er sich dagegen mit der Sicherung der eventuellen Interesseforderung begnügen, so ist dazu der Arrest das geeignete Mittel.

3) Abs. 2: Die Zulässigkeit des Arrestes bei betagten Ansprüchen entspricht den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen. Die Voraussetzungen sind keine anderen als bei bereits fälligen Ansprüchen, also auch nicht die Substantiirung eines Anspruchs auf Sicherheitsbestellung, und ebensowenig ist es erforderlich, daß die Gefahr (§§ 797, 798) eine sehr dringende sei (wie nach Württ. PO. Art. 821, H. E. § 519), wenngleich die Frage, ob Gefahr vorliegt, bei betagten Ansprüchen der Natur der Sache nach einer anderen Beurtheilung unterliegen wird. Ein Antrag, dem Abs. 2 hinzuzufügen:

„wenn dringende Gefahr vorliegt oder der Schuldner die vorhandene Sicherheit vermindert hat",

ist von der RJK. abgelehnt.

4) Die bedingten Ansprüche sind weder den betagten gleichgestellt (wie in Württ. PO. Art. 821, P. E. § 800, H. E. § 519, N. E.) noch ausdrücklich ausgeschlossen (wie mit einer Beschränkung in Bayer. PO. Art. 605), ersteres nicht, um nicht mit den verschiedenen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts hinsichtlich der Wirkungen suspensiv bedingter Rechtsgeschäfte in Kollision zu gerathen, letzteres nicht, weil unter Umständen der Arrest auch für bedingte Ansprüche zugelassen werden muß. Resolutiv bedingte Ansprüche stehen hinsichtlich der Zulässigkeit des Arrestes den

§ 797. Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urtheil im Auslande vollstreckt werden müßte.

N. Entw. § 693. Entw. I. § 714. Entw. II. § 729. Entw. III. § 742. Mot. S. 449. Prot. S. 425.

---

unbedingten vollkommen gleich. Zweifel bestehen nur hinsichtlich der aufschiebenden Bedingungen während des Schwebens. Die Mot. bemerken hierüber:

„Denn soweit nach den Vorschriften des materiellen Rechts pendente conditione Sicherheit für den Fall der Realisirung der durch den bedingten Anspruch eröffneten Aussicht verlangt werden kann (vgl. für das gemeine Recht Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenrechts 3. Aufl. Bd. I S. 223; Brinz, Lehrb. d. Pandekten Abth. II S. 1478, 1479) oder mit der Begründung des bedingten Anspruchs zugleich ein Anspruch auf Erhaltung desselben für den Fall des Eintritts der Bedingung entstanden ist (vgl. für das preuß. Recht ALR. I 14 § 5), muß zur Sicherung des Kautionsanspruchs oder des Anspruchs auf Erhaltung des bedingten Rechts der Arrest zugelassen werden; diese Ansprüche stehen einem unbedingten Anspruche gleich."

Der Anspruch auf Sicherstellung oder auf Erhaltung ist somit, sofern er nach bürgerlichem Recht besteht (s. z. B. nach Code civ. art. 1180, Sächs. BGB. § 871), als ein besonderer Anspruch aufgefaßt, welcher für sich realisirbar ist. Dieser, nicht der suspensiv bedingte Anspruch ist es, welcher unmittelbar durch den Arrest geschützt wird (vgl. v. Kamptz, Jahrb. Bd. 55 S. 531, Nordd. Prot. S. 1106). [So auch Seuffert Anm. 4, Petersen §§ 796—798 I 3, Sarwey II S. 291, Gaupp III S. 448, 449, Merkel a. a. O. S. 33, Dernburg I S. 334, Dorendorf a. a. O. S. 2, 3, Peters a. a. O. S. 4, Hellmann, Lehrb. S. 945 u. A.; unbestimmter Puchelt II S. 665. Gaupp a. a. O. identifizirt dies freilich mit dem Falle, wo der bedingte Anspruch als ein bereits existenter rechtlich anerkannt wird. Abweichend: Wilm. Levy Anm. 2, Endemann III S. 351, Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 566 Anm. 9, welcher den Arrest ohne Einschränkung für zulässig hält.] Ob der Anspruch auf promissorische oder Realkaution gerichtet ist, ist unerheblich (s. Gaupp III S. 449. A. M. Merkel a. a. O. S. 35).

In der RTK. wurde von einer Seite dieser Auffassung der Mot. entgegengetreten. (S. auch Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 374, 375.) Man bestritt die Verschiedenheit der Civilrechte bezüglich der Sicherstellung bedingter Ansprüche und empfahl, diese hier durch Einschaltung der Worte „bedingter oder" vor „betagter" den betagten Ansprüchen gleichzustellen. Von anderer Seite wurde zur Verhütung von Mißverständnissen vorgeschlagen, dem Abs. 2 hinzuzufügen:

„Für eine aufschiebend bedingte Forderung ist der Arrest nur zuläßig, wenn der Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat."

Die RTK. erklärte sich jedoch unter Ablehnung dieser Anträge für unveränderte Annahme des Entwurfs.

5) Soweit der Zweck des Arrestes bereits durch anderweite Sicherheitsmittel z. B. Pfand, Bürgschaft, auch Arrest erreicht ist, findet Arrest nicht statt. (Vgl. auch RG. VIII S. 358, Merkel a. a. O. S. 37.) Ob das Retentionsrecht in dieser Beziehung genügt (Gaupp III S. 449), entscheidet sich nach Lage des Falles. (So auch Petersen §§ 796—798 I 1.)

§ 797.

1) Der Paragraph handelt von den Voraussetzungen des Arrestes auf (unbewegliche oder bewegliche) Sachen einschließlich der Forderungen und anderer Vermögensrechte („dinglicher Arrest", Realarrest). Wegen der zulässigen Gegenstände s. § 808 Anm. 1, Merkel a. a. O. S. 60 ff. Als einziger „Arrestgrund" (causa arresti) gilt die Besorgniß der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung, sei es durch den Schuldner selbst oder durch

§ 798. Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.

N. Entw. § 694. Entw. I. § 715. Entw. II. § 730. Entw. III. § 743. Mot. S. 449, 450. Prot. S. 425—427.

---

einen unberechtigten Dritten. Die Aufzählung von Beispielen [Verschwendung oder verdächtige Veräußerung des Vermögens, Flucht oder Verdacht der Flucht, bevorstehende Theilung der Erbschaft (s. § 28 Abs. 2) usw. — vgl. Hann. PO. § 508, Württ. PO. Art. 822 ꝛc.] ist, abgesehen von Abs. 2, vermieden, um der freien Beurtheilung des Gerichts keine Fesseln anzulegen. [Vgl. auch StrGB. §§ 93, 140; StrPO. §§ 325, 480; Merkel a. a. O. S. 50 ff., Dorendorf a. a. O. S. 4, 10 Anm. 35a.] Die Voraussetzung liegt nicht vor, wenn wegen der nämlichen Forderung von dem nämlichen Gläubiger schon bei einem anderen Gerichte Arrest erwirkt ist (RG. VIII S. 358; vgl. § 235 Anm. 3).

Da der Zweck des Arrestes nicht in der Erlangung eines Vorzugsrechts vor den übrigen Gläubigern besteht, so ist die Vermögenszerrüttung des Schuldners und die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger ohne Hinzutritt besonderer Umstände kein genügender Arrestgrund (RG. III S. 395, 416, OLG. München in Busch, Zeitschr. III S. 162, OLG. Dresden das. VI S. 528, 529, Puchelt das. III S. 3 ff., Bierhaus das. V S. 120, 121, Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVI S. 526 ff., OLG. Celle in Seuffert, Arch. 40 Nr. 80, OLG. Karlsruhe das. 38 Nr. 83, Hellmann, Lehrb. S. 947, Seuffert Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 2 u. A.).

— „des Urtheils" — mag es auch noch nicht erwirkt sein. Ein Gleiches gilt analog auch hinsichtlich anderer vollstreckbarer Titel (§ 702). [So auch Merkel a. a. O. S. 31, Hellmann, Lehrb. S. 946 u. A.]

Auf die Absicht der Vereitelung oder Erschwerung kommt es nicht an, weßhalb auch gegen Willensunfähige oder in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkte Personen, sofern von ihnen objektiv eine Vereitelung usw. zu besorgen ist, ein Arrest zulässig erscheint (theilweise abweichend Hellmann, Lehrb. S. 947).

2) Abs. 2: Dieser Fall ist besonders hervorgehoben,

> „weil derselbe in dem Arrestrechte der einzelnen deutschen Rechtsgebiete verschieden geregelt ist und deshalb die Gefahr besteht, daß er auch demnächst verschieden beurtheilt werden wird" (Mot.).

Es kommt nicht darauf an, ob der Schuldner Ausländer ist (Entsch. d. preuß. OT. 35 S. 464), oder der Gläubiger (zweifelnd Dernburg I S. 335 Anm. 6), sondern darauf, ob die Vollstreckung des Urtheils nur im Auslande erfolgen kann, gleichviel ob im Wege der Rechtshülfe, oder weil der Schuldner nur im Auslande verklagt werden kann (s. N. E. § 693). Der Satz der Mot.:

> „Gleichgültig ist es, ob im Auslande Rechtshülfe gewährt wird oder nicht, es sei denn, daß die Gewährung der Rechtshülfe durch Staatsverträge verbürgt ist"

rief in der RTK. die Bemerkung hervor, daß die am Schlusse angedeutete Ausnahme im Gesetze selbst nicht zum Ausdruck gebracht sei, welche auch durch die Bemerkung des Vertreters der Reichsregierung, daß dies hinsichtlich der Wirkungen von Staatsverträgen nirgends im Gesetze geschehen sei, nicht widerlegt ist. Die vor Einführung der CPO. abgeschlossenen Staatsverträge des fraglichen Inhalts sind durch § 797 Abs. 2 aufgehoben. [So auch Seuffert Anm. 3, Endemann III S. 354, Hellmann, Lehrb. S. 946, Petersen §§ 796—798 II a. E., Puchelt II S. 667, Gaupp III S. 451 u. A. A. M.: Siebenhaar S. 721 und Uebel II S. 271, welche den Mot. beitreten, Wilm. Levy Anm. 3, welche die nach ihrem Inhalt die Anwendung der Vorschrift ausschließenden Verträge von Bundesstaaten für unberührt halten.] Jene Wirkung kann nur durch einen vom Deutschen Reiche, nicht von einem einzelnen Bundesstaate abgeschlossenen Staatsvertrag herbeigeführt werden; vgl. z. B. den Handels-

vertrag mit Oesterreich-Ungarn v. 16. Dez. 1878 Art. 17 Abs. 2 (RGBl. S. 365) — jetzt aufgehoben (RGBl. 1880 S. 9).

§ 798.

1) Der hier erwähnte Fall des persönlichen Sicherheitsarrestes (Personalarrestes) ist aus § 2 des Ges. v. 29. Mai 1868 allein übrig geblieben; vgl. § 796 Anm. 1 (s. auch KO. §§ 93, 98). Die Voraussetzungen sind, wie in ROHG. 6 S. 7, 8 entwickelt wird:

1. daß der Schuldner solche Vermögensobjekte besitzt, in welche die Exekution vollstreckt werden kann oder wird vollstreckt werden können,
2. daß Umstände obwalten, welche die Vollstreckung oder den Erfolg der Exekution in diese Vermögensobjekte verhindern oder die Verhinderung besorgen lassen (s. d. W. „gefährdete Zwangsvollstreckung") — der Vollzug des dinglichen Arrestes steht in dieser Hinsicht der Zwangsvollstreckung nicht gleich; vgl. D. J.-Ztg. 1883 S. 106 — und
3. daß diese Hindernisse durch Inhaftnahme des Schuldners beseitigt werden können (vgl. auch ROHG. 5 S. 351, 10 S. 134 ff., 13 S. 156).

So kann der Personalarrest z. B. erforderlich sein, um die Zwangsvollstreckung in das Vermögen durch Leistung des Offenbarungseides (§§ 711, 782) zu sichern (N. E. § 694 Abs. 1). Anders, wenn die Zwangsvollstreckung sich unmittelbar gegen die Person richtet (s. § 796 Anm. 1). Ein Arrestgrund ist es ferner, wenn der Schuldner verdächtig ist, sein im Inlande befindliches Vermögen ins Ausland schaffen zu wollen. Der persönliche Arrest kann sich hier wirksamer erweisen als der dingliche. Vgl. Anm. 2.

> „Dasselbe gilt, wenn es sich darum handelt, den Schuldner zu hindern, sein im Inlande befindliches Vermögen in das Ausland zu schaffen; in diesem Falle ist die Haft eine zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen erforderliche Maßregel — eine Sicherungsmaßregel, welche in gleicher Weise in anderen Fällen einer drohenden Verbringung des nicht sofort durch die Zwangsvollstreckung zu ergreifenden Vermögens zulässig sein kann" (Mot.).

Nach § 2 des angef. Gesetzes war der Personalarrest auch dann zulässig, wenn es sich darum handelt, den Schuldner zu nöthigen, im Auslande befindliche Deckungsmittel herbeizuschaffen (vgl. OAG. Lübeck in Kierulff, Samml. II S. 866 ff. u. in Seuffert, Arch. 24 Nr. 291, ROHG. 10 S. 137). Gerade gegen diese Anwendung des Personalarrestes erklären sich jedoch die Mot.:

> „In dieser Anwendung unterscheidet sich die Haft rechtlich nicht von dem Schuldarrest in seiner Funktion als Exekutionsmittel zur Erzwingung einer Zahlung, so daß die bei Berathung des Reichsges. v. 29. Mai 1868 geäußerte Besorgniß, es werde dadurch indirekt die beseitigte Schuldhaft wieder eingeführt werden, nicht ungerechtfertigt erscheint. Der Entwurf will durch die Fassung zum Ausdruck bringen, daß der persönliche Sicherungsarrest — von dem Falle der Erzwingung der Manifestation abgesehen — nur zulässig ist, wenn die Gefahr besteht, daß der Schuldner seine persönliche Freiheit zur Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung benutzen werde. Damit ist die weitere Verwendung des Personalarrestes zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung auswärts befindlicher Deckungsmittel zu bestimmen, ausgeschlossen und konstatirt, daß der Entwurf gegenüber der Bestimmung des Reichsges. v. 29. Mai 1868 § 2 das Gebiet der Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes hat verengern wollen. Im Uebrigen stimmen die Voraussetzungen des Entwurfs mit denjenigen des Reichsgesetzes überein."

Gleichwohl unterschied sich die Fassung der drei Entwürfe von der des betreffenden Passus in dem Reichsgesetze nur durch das Wort „Zwangsvollstreckung" statt „Exekution" und durch das Erforderniß der Zahlungsfähigkeit des Schuldners (s. Anm. 3). Der schon vom Abg. Reichensperger in der RTK. geäußerte Zweifel, ob die beabsichtigte Beschränkung in dem Entwurfe zum Ausdruck gebracht sei, ist daher vollkommen berechtigt. Nach wie vor kann es bestritten werden, ob der Personalarrest in der in Rede stehenden Anwendung gerechtfertigt ist, während die deutlichere Fassung des N. E. § 694 Abs. 2 („wenn der Arrestbeklagte Vermögen besitzt, eine Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen aber nicht zu erwirken oder wesentlich er-

§ 799. Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet.

N. Entw. § 702. Entw. I. § 716. Entw. II. § 731. Entw. III. § 744. Mot. S. 450, 451. Prot. S. 427.

---

schwert ist") jede Kontroverse in dieser Beziehung ausschloß (vgl. Norbd. Prot. S. 1110, 1111, 2106, 2107). Die Entscheidung ist jedoch meistens im Sinne der von den Mot. selbst für richtig erklärten Auslegung des Reichsgesetzes ausgefallen. (Vgl. Puchelt II S. 666, 669, Wilm.-Levy Anm. 2, Sarwey II S. 293, 294, Endemann III S. 356, Dorendorf a. a. O. S. 7, jetzt auch Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 796—798 III 2, Hellmann, Lehrb. S. 948. Abweichend: Fitting § 98 Anm. 4, Gaupp III S. 453, 454, Merkel a. a. O. S. 9 ff., v. Bar a. a. O. S. 77.)

Der im Auslande eröffnete Konkurs schließt den persönlichen Sicherheitsarrest nicht aus (vgl. KO. § 207, Siebenhaar S. 721, Gaupp III S. 453 u. A.).

2) Das Wort „erforderlich" drückt aus, daß der persönliche Sicherheitsarrest nur zulässig ist, wenn die Vollstreckung durch einen dinglichen Arrest nicht gesichert werden kann (vgl. auch Hann. PO. § 509, Württ. PO. Art. 823 usw.).

3) Die Fassung des Entwurfs „eines zahlungsfähigen Schuldners" statt „des Schuldners" wurde in der RTK. von mehreren Seiten angefochten. Der Abg. Bähr beantragte folgenden Zusatz:

> „Die Zahlungsfähigkeit ist anzunehmen, so lange nicht die Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht ist. Der Schuldner kann dieselbe durch Leistung des Offenbarungseides nachweisen",

zog den Antrag aber zu Gunsten der vom Abg. Becker beantragten Streichung des Wortes „zahlungsfähigen" zurück, welche von der RTK. genehmigt wurde. Das Erforderniß der Zahlungsfähigkeit ist hiernach nicht besonders hervorgehoben und bedarf also namentlich nicht der Glaubhaftmachung (§ 800 Abs. 2). Indessen muß doch immer erhellen, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen möglich und nur in dem Falle, daß der Schuldner nicht in Haft genommen werde, gefährdet sei. (Vgl. auch Sarwey II S. 294, Gaupp III S. 452, Merkel a. a. O. S. 57 ff.)

4) Der persönliche Sicherheitsarrest besteht in der Freiheitsbeschränkung, nicht nothwendig in Haft des Schuldners. Ueber die geltenden Beschränkungen s. d. Anm. zu § 812, Merkel a. a. O. S. 73 ff.

§ 799.

1) Der § 799 enthält eine Kombination sachlicher und örtlicher Zuständigkeit (s. § 1 Anm. 3). Neben dem „Gericht der Hauptsache", d. h. dem zur Entscheidung über die Geldforderung bzw. den Anspruch (§ 796 Abs. 1) in erster Instanz, z. B. nach § 24 (vgl. RG. VII S. 322 ff.) berufenen Gericht, eventuell, wenn der Rechtsstreit bereits in der Berufungsinstanz anhängig ist, dem betreffenden Berufungsgericht (§ 821), konkurrirt als „Arrestgericht", d. h. als das Gericht, welches den Arrest anordnet (§§ 806, 810, 812) — mißverständlich ist die Bemängelung Fitting's § 89 Anm. 10, Hellmann's III S. 169 u. Merkel's a. a. O. S. 198 Anm. 6; der Ausdruck ist ein gemeinsamer und gilt auch für das Gericht der Hauptsache; s. auch Gaupp III S. 455 — elektiv (§ 35) das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Arrestgegenstand (die Sachen einschließlich der Forderungen oder die Person) sich befindet (vgl. § 24 Anm. 3—5, RG. im RAnz. 1885 b. Beil. 6 S. 299), und zwar ohne Rücksicht auf das schwankende Erforderniß größerer oder geringerer Dringlichkeit. Anderen Gerichten gegenüber ist der Gerichtsstand ein ausschließlicher (§ 707). Von stillschweigender Prorogation kann auch aus anderen Gründen nicht die Rede sein (s. Merkel a. a. O. S. 196). Ueber die Befugniß des Vorsitzenden in dringenden Fällen s. § 822.

§ 800. Das Gesuch soll die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrags oder des Geldwerths sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten.

Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen.

Das Gesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

N. Entw. §§ 700, 703, 704. Entw. I. § 717. Entw. II. § 732. Entw. III. § 745. Mot. S. 451, 452. Prot. S. 427.

Ist die Hauptsache noch nicht anhängig gemacht, so hat der Gläubiger zwischen mehreren zuständigen Gerichten (und dem in Abs. 1 bezeichneten Amtsgericht) die Wahl (vgl. § 821 Anm. 2, RG. IV S. 407, VII S. 321, Seuffert Anm., Petersen §§ 799—803 Nr. 1, Gaupp a. a. O. u. A.; s. auch die Mot. zu §§ 798 u. 816. A. M.: Endemann III S. 357, 358, Sarwey II S. 295, Kleiner III S. 260).

2) Die Vollmacht für den Hauptprozeß genügt auch für das Arrestverfahren (§ 78); aber nicht umgekehrt.

3) Die Zuständigkeit des Arrestgerichts erstreckt sich auf die Vollziehung des Arrestes mittels Pfändung von Forderungen rc. (§§ 729, 754, 810 Abs. 2), auf das Widerspruchsverfahren (§ 804 Anm. 1), auf die zuweilen nöthige Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel (vgl. §§ 704 Abs. 3, 809 Anm. 1), auf die Anordnung im Falle des § 806 Abs. 1. (Vgl. Merkel a. a. O. S. 198 ff.) Wegen Pfändung von Forderungen im Auslande vgl. § 730 Anm. 3, 6 u. gegen die dort angef. Entsch. d. RG. Roller in Busch, Zeitschr. X S. 474 ff. u. Förster (Eccius) III § 197 Anm. 23, S. 531.) Ausnahmsweise ist das Vollstreckungsgericht zuständig im Falle des § 810 Abs. 3. Ueber die Zuständigkeit hinsichtlich der Aufhebung des Arrestes s. §§ 806 Abs. 2, 807, 813.

§ 800.

1) „Das Gesuch" — von welchem hier gehandelt wird, ist das an den zuständigen Richter (§ 799) gerichtete „Gesuch" (vgl. § 37 Anm. 1) um Anlegung des Arrestes („Arrestgesuch" nach Preuß. AGO. I 29 §§ 31, 35). Auf die Form desselben bezieht sich Abs. 3, während Abs. 1 u. 2 den Inhalt betreffen. (Vgl. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 71.)

2) Die Erfordernisse des Abs. 1 sind zwar nur instruktionell („soll"). Ohne Bezeichnung des Anspruchs und des Arrestgrundes ist indessen auch den kategorischen Erfordernissen des Abs. 2 (vgl. N. E. §§ 700 Abs. 1, 703) nicht zu genügen und das Gesuch überhaupt nicht zu substantiiren. Gleichwohl ist der Ausdruck „muß" — wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. hervorhob — zu scharf erschienen, indem man annahm, daß der Richter ein nicht allen Anforderungen entsprechendes Gesuch nicht zurückweisen solle, sondern die Verbesserung desselben in der mündlichen Verhandlung anordnen könne. Die Bezeichnung des Arrestgrundes insbesondere, welche in der Angabe der die betreffende Besorgniß oder Gefahr (§§ 797, 798) begründenden konkreten Umstände des Falles zu bestehen hat, kann in der mündlichen Verhandlung (§§ 802, 804, 805) vervollständigt bzw. verbessert werden (s. RG. V S. 364 ff.). Ueberhaupt ist die Stellung des Gerichts den Anforderungen des § 800 gegenüber eine sehr freie (vgl. § 801 Abs. 2).

Der Anspruch ist nicht blos durch Angabe des Schuldgrundes (der causa debendi) zu individualisiren, sondern auch durch Angabe des Geldbetrags oder (wenn der Inhalt nicht in einer Geldsumme besteht) des Geldwerths näher zu bestimmen (vgl. §§ 230 Nr. 2, 630 Nr. 3), was wiederum für den nach § 803 festzustellenden Geldbetrag von Bedeutung ist.

3) Die Angabe des Gegenstandes des Arrestes ist nicht vorgeschrieben. Nothwendig ist dieselbe, wie auch die Mot. hervorheben, zur Erwirkung des persönlichen Arrestes sowie im Falle der Erwirkung des Arrestes bei einem anderen Gerichte als dem der Hauptsache wegen der besonderen Voraussetzungen, dort der betreffenden Arrestart, hier der Zuständigkeit des Amtsgerichts (vgl. §§ 798, 799).

„In allen anderen Fällen braucht der Gegenstand des Arrestes nicht angegeben zu werden, der Arrestbefehl begründet vielmehr, wenn er für den dinglichen Arrest unbeschränkt erlassen wird, die Vollziehung in alle Vermögensstücke des Schuldners und nur

§ 801. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind.

N. Entw. §§ 700, 705. Entw. I. § 718. Entw. II. § 733. Entw. III. § 746. Mot. S. 451, 452. Prot. S. 427, 428.

---

im Interesse des Gläubigers liegt es, die dem Gegenstande nach erforderliche Mitwirkung des Gerichts zur Vollziehung unter Bezeichnung des Gegenstandes sofort in Anspruch zu nehmen". (Mot.)

Ein Gesuch um „Arrest" schlechthin ist also dahin zu verstehen, daß dinglicher Arrest nachgesucht wird (s. Fitting § 98 Anm. 12, Gaupp III S. 458, Merkel a. a. O. S. 136). Demgemäß braucht auch der Arrestbefehl nicht den Gegenstand zu bezeichnen (vgl. RG. IX S. 321), und es gilt in dieser Beziehung auch keine Ausnahme für die Pfändung von Forderungen. (So auch Dorendorf a. a. O. S. 92 Anm. 70. A. M. Seuffert in Busch, Zeitschr. III S. 355, 356.) Vgl. §§ 808—810.

4) Abs. 2: Das Erforderniß der Glaubhaftmachung entspricht der gemeinrechtlich hier meistens als ausreichend geltenden Bescheinigung (Wetzell S. 304 Anm. 18a, Renaud S. 266). Mehr als jene Glaubhaftmachung wird auch in dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit des Arrestes (§§ 802, 805) zur Rechtfertigung nicht erfordert, und zwar so wenig in Betreff des Anspruchs (s. Wetzell a. a. O.) als bezüglich des Arrestgrundes (vgl. RG. VII S. 325). Eine Vervollständigung des Gesuchs in Bezug auf die Glaubhaftmachung darf vom Richter nicht angeordnet werden (Dorendorf a. a. O. S. 11. A. M. Brinkmann a. a. O. II S. 568). Die Entscheidung über die Glaubhaftmachung unterliegt nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1180). — Auf einen Gegenbeweis hinsichtlich der Existenz des Rechts braucht sich das Arrestgericht nicht einzulassen (s. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 321).

Wegen der Ausnahmen s. § 801 Abs. 2.

5) Abs. 3: Die Form des Arrestgesuchs ist, wie die Mot. bemerken, mit Rücksicht auf dessen Dringlichkeit so frei als möglich gestaltet. Durch die Bestimmung des Abs. 3 ist der Anwaltszwang ausgeschlossen (§ 74 Abs. 2). Statt der Protokollirung kann selbstverständlich auch ein fertiges schriftliches Gesuch beim Gericht eingereicht werden, während der bloße Vortrag bei der mündlichen Verhandlung nicht genügt. (So auch Gaupp III S. 457, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 799—803 Nr. 2. A. M.: Merkel a. a. O. S. 135, Hellmann, Lehrb. S. 950 u. A.) Vgl. §§ 44 Anm. 1, 98 Abs. 2, 269 Anm. 1, 596 Anm. 1.

§ 801.

1) Abs. 1: Die CPO. geht davon aus, daß der Arrest regelmäßig auf einseitiges Gesuch, welches dem Gegner nicht mitzutheilen ist, angeordnet wird. Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß über einen im Laufe des Prozesses gestellten Antrag auf Arrest mündlich verhandelt wird; daher „kann", z. B. wenn die Zuständigkeit nachzuweisen ist (vgl. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 479). Hierüber zu befinden, ist ausschließlich Sache des Gerichts; der Arrestsucher kann nicht lediglich durch Ladung des Gegners die mündliche Verhandlung herbeiführen (Seuffert §§ 801, 802 Anm. 1 II, Petersen §§ 799—803, Dorendorf a. a. O. S. 12 Nr. 4 a. E. A. M. Peters a. a. O. S. 28). Der Beschluß, daß mündlich zu verhandeln, ist den Parteien alsdann von Amtswegen zuzustellen (s. oben S. 131 u. § 294 Abs. 3); die Ladung ist, wie gewöhnlich (§ 191), Sache des betreibenden Gläubigers (vgl. Gaupp III S. 459, 460, Wilm. Levy § 802 Anm. 1, Fischer in Gruchot, Beitr. XXV S. 649 ff. u. A. A. M.:

Merkel a. a. O. S. 139, Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 747, Hellmann, Lehrb. S. 951 u. A., welche auch hier wie bei anderen Fällen fakultativer mündlicher Verhandlung von Amtswegen laden wollen). Die Ladungsfrist (§ 194) — nicht die Einlassungsfrist — ist einzuhalten. (So auch Seuffert a. a. O.) Wegen der Ergänzung des Arrestgesuchs in der mündlichen Verhandlung s. § 800 Anm. 2.

Die Worte „ohne vorgängige mündliche Verhandlung" sind aber nicht gleichbedeutend mit „ohne alles (vorgängiges) Gehör". Wird nicht mündlich verhandelt, so kann vielmehr dennoch der Gegner gehört werden, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. auf Anfrage bemerkte. Dies gilt auch (trotz § 735) wenn der Gläubiger sogleich eine Forderung des Schuldners als Arrestgegenstand bezeichnet (A. M. anscheinend Peters a. a. O. S. 29 Anm. 33). Vgl. auch §§ 37 Anm. 2, 119 Anm. 4 u. 536 Anm. 1; anders §§ 203 Abs. 2, 735. Die Erklärung unterliegt, wenn sie an ein Kollegialgericht zu richten ist, dem Anwaltszwange (s. § 74, Dorendorf a. a. O. S. 12. A. M.: Peters a. a. O. S. 29, Hoffmann a. a. O. S. 737).

2) Abs. 2: Die Sicherheitsleistung als reelle Bekräftigung kann die Glaubhaftmachung des Anspruchs oder des Arrestgrundes (§ 800 Abs. 2) ersetzen. Der Wortlaut „oder" (nicht „und") scheint gegen die Zulassung des Arrestes gegen Sicherheitsleistung zu sprechen, wenn weder der Arrestgrund noch der Anspruch glaubhaft gemacht ist; indessen ist in dieser Beziehung eine Aenderung des N. E. § 700 wohl nicht beabsichtigt (vgl. auch Merkel a. a. O. S. 137, 138, Gaupp III S. 460, Seuffert §§ 801, 802 Anm. 3, Sarwey II S. 298 u. A.). Die Sicherheitsleistung kann aber auch neben der Glaubhaftmachung beider gefordert werden. In beiderlei Hinsicht unterliegt die Anwendung des vorliegenden Bestärkungsmittels richterlichem Ermessen und ebenso der Betrag bez. die Art der Sicherheitsleistung (vgl. § 101) [s. Wilm.-Levy Anm. 3, Gaupp III S. 461]. Die Mot. bemerken darüber:

> „Die Bestellung der Sicherheit, deren Abmessung dem Gerichte überlassen bleibt, läßt fast ausnahmslos darauf schließen, daß weder der Anspruch jeder Begründung entbehrt, noch eine causa arresti mangelt. Und die Befugniß des Gerichts, die Sicherheitsleistung noch neben der Glaubhaftmachung zu fordern, wird dazu dienen, den Gefahren einer übertriebenen Aengstlichkeit vorzubeugen und in bedenklichen Fällen, in denen der Arrest einen unverhältnißmäßigen Schaden zu stiften droht, dem Gegner Schutz zu gewähren (vgl. Mot. z. P. E. S. 204)."

Vgl. §§ 802 Abs. 3, 803, 805 Abs. 2, 807 Abs. 1. Daß der Gläubiger die Sicherheitsleistung anbiete, ist nicht erforderlich (so auch RG. XII S. 366, D.J.Ztg. 1884 S. 602, Gaupp III S. 460, Seuffert § 800 Anm. 2).

Das Arrestgericht hat einem Antrage auf Rückgabe einer geleisteten Sicherheit nach Aufhebung des Arrestes oder rechtskräftiger Verurtheilung des Arrestbeklagten in der Hauptsache nicht ohne Weiteres stattzugeben, da trotzdem dem Letzteren Schadensansprüche wegen der Arrestanlage zustehen können, sondern erst, wenn der Beklagte einwilligt, oder der Kläger ein denselben zur Ertheilung der Einwilligung verpflichtendes bzw. die Nichtexistenz von Ansprüchen desselben feststellendes rechtskräftiges Urtheil beibringt (RG. XI S. 321, 439, Seuffert §§ 801, 802 Anm. 3; vgl. auch RG. XV S. 430).

Der Beschluß (bzw. das Urtheil), welcher die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig macht, kann sogleich den (bedingten) Arrestbefehl enthalten, wenn das Gericht es nicht vorzieht, nur das Verlangen der Sicherheitsleistung auszusprechen (vgl. § 802 Abs. 3), in welchem Falle der Arrestbefehl erst nach geführtem Nachweise, daß dem Verlangen genügt ist, erlassen wird (vgl. § 672 Abs. 2). [So auch Endemann III S. 361, Gaupp III S. 461, Merkel a. a. O. S. 145, Petersen §§ 799—803 Nr. 5, Dorendorf a. a. O. S. 14; vgl. auch Sarwey II S. 298. Abweichend: Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert a. a. O., Kleiner III S. 265, welche den bedingten Arrestbefehl nicht für statthaft halten.] Gegen den bedingten Arrestbefehl finden Rechtsbehelfe in gleicher Weise statt wie gegen den unbedingten.

§ 802. Die Entscheidung über das Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurtheil, anderenfalls durch Beschluß.

Den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, hat die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, zustellen zu lassen.

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Gegner nicht mitzutheilen.

N. Entw. § 706. Entw. I. § 719. Entw. II. § 734. Entw. III. § 747. Mot. S. 452. Prot. S. 428.

---

3) Inwiefern die geleistete Sicherheit im Falle der Aufhebung des Arrestes von dem Schuldner in Anspruch genommen werden kann, richtet sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Entschädigungspflicht des Gläubigers. Vgl. § 805 Anm. 1. [Daß die CPO. in § 801 eine Entschädigungsklage wegen widerrechtlicher Arrestanlage anerkenne, läßt sich nicht (mit Wieding a. a. O. S. 157) behaupten, ebensowenig, daß in der Leistung der Sicherheit die Uebernahme der Gefahr der Arrestlegung liege (RG. VII S. 382. A. M. Seuffert a. a. O.).]

§ 802.

1) Abs. 1: Nach der Form der Prozedur (§ 801) richtet sich auch die Form der Entscheidung, welche übrigens in allen Fällen, abgesehen von § 822, dem Gericht, nicht dem Arrest-Vorsitzenden zusteht. Das Endurtheil im Falle mündlicher Verhandlung entspricht dem § 272 Abs. 1. Beim Ausbleiben des einen oder andern Theils findet Versäumnißurtheil statt (vgl. § 312 Anm. 4). Die Glaubhaftmachung wird beim Ausbleiben des Schuldners durch dessen Säumniß ersetzt (So auch Seuffert §§ 801, 802 Anm. 1 II e, Hellmann, Lehrb. S. 952 a. E. A. M. Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 745, 748, welcher sich mit Unrecht auf die Analogie des an die schriftlichen Formen gebundenen Urkundenprozesses bezieht). Wegen der Terminologie „Beschluß" vgl. § 294 Anm. 1; wegen der kaum entbehrlichen Beifügung der Gründe s. Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 464, Merkel a. a. O. S. 150 ff., v. Krämel in Busch, Zeitschr. II S. 396. Die mündliche Anordnung eines Arrestes (vgl. Nordd. Prot. S. 1176) ist nicht statthaft. Vgl. auch § 803 Anm. 2 („Arrestbefehl").

Die Verhandlung und Entscheidung kann, wenn die Hauptsache bereits anhängig ist, selbstverständlich mit der der letzteren verbunden werden (vgl. § 138).

Gegen die in einem Endurtheil enthaltene anordnende oder zurückweisende Entscheidung findet Berufung oder Revision bzw. Einspruch nach allgemeinen Grundsätzen statt (§§ 303, 472, 507, 821). Vgl. §§ 804, 805 Anm. 3. Gegen den zurückweisenden Beschluß (Abs. 3) ist nur die Beschwerde (§ 530 Abs. 1) zulässig (nicht die „sofortige" — §§ 701, 823 Abs. 4; denn die Anordnung fällt nicht in den Bereich der Zwangsvollstreckung; vgl. § 796, 808 — so auch Seuffert §§ 801, 802 Anm. 1 I a. E., Sarwey II S. 300, Endemann III S. 363, Schmidt in Busch, Zeitschr. III S. 12 ff. u. die dort angeführte Entsch. d. OLG. Celle, Merkel a. a. O. S. 150, Hellmann, Lehrb. S. 954, Peters a. a. O. S. 30, OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 40 Nr. 332 u. A. A. M.: Puchelt II S. 675, v. Bülow Anm. 4, Kleiner III S. 268, Brettner in Böbiker, Mag. I S. 335 ff.), gegen den anordnenden Beschluß nur der „Widerspruch" nach § 804. (So auch Seuffert, Endemann a. a. O. u. Hellmann a. a. O. u. S. 958 ff., Gaupp III S. 468, Dorendorf a. a. O. S. 25 u. A. A. M. Puchelt a. a. O., welcher die sofortige Beschwerde auch hier zulassen will.)

2) In dem Endurtheil des § 802 muß gemäß § 279 Abs. 2 auch über die Kosten des Arrestverfahrens nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 87 ff., entschieden werden. Ein Hinausschieben der Entscheidung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist unzulässig, weil das Arrestverfahren einen besonderen Prozeß bildet, und es ungewiß ist, ob in der Hauptsache demnächst eine Entscheidung erfolgen wird (So auch Seuffert §§ 801, 802 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 1, H. Meyer in Busch, Zeitschr. VII S. 324 ff.). Die Verurtheilung in der Hauptsache schließt

§ 803. In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.

N. Entw. §§ 696, 697, 707. Entw. I. § 720. Entw. II. § 735. Entw. III. § 748. Mot. S. 452. Prot. S. 428.

---

die Verurtheilung in die Kosten des Arrestverfahrens nicht in sich (vgl. § 87 Anm. 2, OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 535, Seuffert a. a. O., Wilm. Levy a. a. O.).

Die Kosten des Arrestbeschlusses muß der Gläubiger vorschießen; die Erstattung kann er mit der Hauptklage geltend machen oder mittels besonderer Klage verlangen (Wilm. Levy a. a. O., H. Meyer a. a. O., Petersen §§ 799—803 Nr. 7, Gaupp III S. 464 u. A. A. M. Seuffert a. a. O., welcher gleiche Grundsätze anwendet, wie im Falle des Endurtheils, obwohl § 279 nicht zutrifft).

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28, 35 Nr. 3 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 20, 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2.

3) Abs. 2 und 3 handeln von der Zustellung bzw. Mittheilung des Beschlusses. An sich würde derselbe beiden Theilen von Amtswegen zuzustellen sein (§ 294 Abs. 3), was auch an die erwirkende Partei geschieht (vgl. § 809 Abs. 2). [A. M. Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. VIII S. 418 ff., 431, welcher den Beschluß nur (auf Antrag) aushändigen will.] Die Entstehung des Pfandrechts ist freilich von der Zustellung des Arrestbefehls an den Arrestkläger nicht abhängig; es genügt die bloße Ausreichung (RG. XI S. 402). Im Uebrigen ist aber ausnahmsweise in Abs. 2 bezüglich des den Arrest anordnenden Beschlusses der erwirkenden Partei die Zustellungspflicht auferlegt (s. auch § 730 Abs. 2), während nach Abs. 3 ein zurückweisender oder vorgängige Sicherheitsleistung fordernder Beschluß (vgl. § 801 Abs. 2) dem Gegner überhaupt nicht mitzutheilen ist.

> „Ist ohne mündliche Verhandlung entschieden worden und ein Arrestbefehl nicht erlassen, so würde die Mittheilung des Beschlusses an den Schuldner den Zweck des Arrestes ebenso gefährden wie die Mittheilung des Arrestgesuchs vor dem Beschlusse (Württ. PO. Art. 829, Oldenb. PO. Art. 310 § 1, H. E. § 527, N. E. § 706)" (Mot.).

Zur Zustellung genügt die Uebergabe einer beglaubigten Abschrift (s. § 156 Anm. 2). Vgl. aber § 809 Anm. 3.

Wegen der Verkündung und Zustellung des nach Abs. 1 ergehenden Endurtheils gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 281 ff., 288. Vgl. § 809 Abs. 2.

Wegen Vollziehung des Arrestes vor Zustellung des denselben anordnenden Beschlusses oder Endurtheils vgl. § 809 Abs. 3.

§ 803.

1) Ueber den Inhalt des Arrestbefehls, d. h. der den Arrest anordnenden Entscheidung bemerken die Mot.:

> „Der Arrestbefehl soll alternativ neben dem Rechte des Gläubigers zu dessen Vollziehung gleichzeitig das Recht des Schuldners feststellen, durch Hinterlegung einer bestimmten Summe die Vollziehung zu hemmen oder die Aufhebung des bereits vollzogenen Arrestes herbeizuführen, weil der Schuldner berechtigt ist, die Sicherung des Anspruchs auf die ihm leichteste Weise zu bewirken."

Die Sicherheitsleistung mittels Hinterlegung baaren Geldes, welche wie eine Pfandbestellung wirkt und daher ein Absonderungsrecht im Konkurse gewährt (s. §§ 101 Anm. 3, 4, 709 Anm. 6; vgl. auch OLG. Jena in Seuffert, Arch. 38 Nr. 84, Endemann III S. 366, Fitting § 98 Anm. 24, Sarwey II S. 301, Merkel a. a. O. S. 182 ff. u. A. A. M. Hellmann III S. 166), genügt zur Anwendung bzw. Beseitigung des Arrestes, weil dadurch der Zweck des letzteren in bequemerer Weise erreicht wird (vgl. auch Herzog in Busch, Zeitschr. VI S. 371 ff., welcher übrigens die Hinterlegung als ein Surrogat der Erfüllung ansieht, weil nur baares Geld hinterlegt werden kann; indessen spricht gegen diese Auffassung die Absicht des Schuldners bei der Hinterlegung). Der hinterlegte Betrag tritt in gleicher Weise an die Stelle

§ 804. Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt.

Die widersprechende Partei hat den Gegner unter Mittheilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden.

---

des in Beschlag genommenen Gegenstandes, wie der Erlös des Pfandgegenstandes an die des letzteren (§§ 690 Anm. 3 a. E., 710; s. auch RG. IX S. 428). Die Feststellung ist — anders als in den Fällen der §§ 801, 805, 807 — obligatorisch („ist — festzustellen").

Geschieht sie nicht, so kann Ergänzung des Urtheils (nach Analogie des § 292) bzw. Beschlusses (mittels Beschwerde — § 530) verlangt werden. (So auch Endemann III S. 365, Sarwey II S. 300, Kleiner III S. 269. A. M.: Merkel a. a. O. S. 147, Gaupp II S. 466, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 3, Dorendorf a. a. O. S. 17, welche die ordentlichen Rechtsmittel gegen das Endurtheil zulassen; die beiden Ersteren gestatten auch gegen den Beschluß nicht Beschwerde, sondern nur Widerspruch.)

Eine Sicherheitsleistung anderer Art, z. B. die Hinterlegung von Werthpapieren, hat nicht die Wirkung der Hinterlegung (wie nach N. E. § 697).

— „ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung" — Die Feststellung unterliegt keinen Schwierigkeiten, weil es sich stets um die Sicherung von Geldforderungen oder Ansprüchen, welche in Geldforderungen übergehen können (vgl. § 796 Abs. 1), handelt, mit deren Betrage der festzustellende Geldbetrag übereinstimmen muß, „da der Gläubiger", wie die Mot. hervorheben, „den Gegenstand des Arrestes, wenn derselbe durch Hinterlegung einer geringeren, seinem Werthe entsprechenden Summe freigemacht würde — — von Neuem angreifen könnte." An sich ist der Richter freilich an diese Angabe nicht gebunden. (Vgl. P. E. § 812, Merkel a. a. O. S. 146, 147, Gaupp a. a. O.)

Die „Hinterlegung" erfolgt in der landesgesetzlich vorgeschriebenen Weise. Sie ist nicht nothwendig eine „gerichtliche" wie im Falle des § 72 — vgl. §§ 72 Anm. 2, 101 Anm. 3, 4, 652 Anm. 3. Sie muß dem Antrage vorangehen („durch dessen Hinterlegung — der Schuldner zu dem Antrage — berechtigt wird"), nicht blos angeboten werden.

Nach der Preuß. Hinterlegungsordnung v. 18. März 1879 (GS. S. 279) kann die Hinterlegung in dringenden Fällen zur vorläufigen Verwahrung bei einem Amtsgerichte erfolgen, und eine Dringlichkeit ist stets als vorhanden anzusehen, wenn von der Hinterlegung abhängt die Anordnung, Vollziehung, Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer sonstigen Sicherheitsmaßregel (§§ 70, 72, 73, 74 Nr. 3d). [Vgl Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 470—473.]

3) Dieser Antrag auf Hemmung der Vollziehung eines Arrestbeschlusses — im Gegensatz zur Aufhebung eines vollzogenen Arrestes (§ 813) — ist auf Grund der erfolgten Hinterlegung bei dem Arrestgericht (vgl. Gaupp III S. 467) anzubringen bzw. dem Vollstreckungsorgan gegenüber geltend zu machen. (Der Widerspruch gegen den Arrestbefehl ist dazu nicht geeignet. A. M. Hellmann III S. 168.) Erfolgt die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher, so ist derselbe ebenfalls zur Einstellung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, wenn ihm die erfolgte Hinterlegung durch eine öffentliche Urkunde dargethan wird (§§ 691 Nr. 3, 808, Merkel a. a. O. S. 167). Im Uebrigen vgl. § 802 Anm. 1 in Verbindung mit §§ 804 Abs. 3, 808 u. 685.

4) Der hinterlegte Betrag kann vom Schuldner zurückgefordert werden, wenn der Gläubiger einwilligt oder der Arrestbefehl aufgehoben wird (§ 648 Nr. 5); es entscheidet darüber das Arrestgericht.

§§ 804, 805.

1) Diese Paragraphen ordnen das Verfahren über die Rechtmäßigkeit des durch Beschluß angelegten Arrestes (s. § 802 Abs. 1). Dasselbe wird weder von Amtswegen seitens

Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt.

N. Entw. §§ 708–712, 714. Entw. I. § 721. Entw. II. § 736. Entw. III. § 749. Mot. S. 452, 453. Prot. S. 428, 429.

---

des Gerichts eingeleitet, wie im gemeinrechtlichen und im altländisch preußischen Prozesse, noch hat der Gläubiger (wie nach franz. Recht) binnen bestimmter Frist Klage auf Gültigkeitserklärung des Arrestes zu erheben. Es ist vielmehr lediglich Sache des bei Beseitigung eines unrechtmäßig angelegten Arrestes wesentlich interessirten Schuldners, (ein Gläubiger desselben als solcher hat kein Widerspruchsrecht — RG. XII S. 400; vgl. Anm. 2), eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes mittels Widerspruchs herbeizuführen (vgl. auch Hann. PO. § 516, Bayer. PO. § 631, Württ. PO. Art. 831, H. E. § 529). Der Widerspruch kann selbstverständlich ausschließlich beim Arrestgericht erhoben werden (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 38 Nr. 293, obLG. f. Bayern das. 40 Nr. 81, Seuffert § 805 Anm. 2, Merkel a. a. O. S. 198). Auch wenn der Arrest auf erhobene Beschwerde erst in zweiter Instanz angeordnet war, ist dennoch der Widerspruch beim Gerichte erster Instanz zu erheben (Wilm. Levy § 804 Anm. 3, Dorendorf a. a. O. S. 22, D.J.Ztg. 1884 S. 191. A. M.: Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 203, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 397, Kammergericht (Berlin) in Gruchot, Beitr. XXVII S. 861, Küntzel das. XXIX S. 459).

Eine Frist ist für den Widerspruch nicht vorgeschrieben. Auch nach der Hinterlegung (§ 803) ist derselbe noch zulässig (vgl. § 813 Anm. 3). Dagegen ist eine Bestreitung der Rechtmäßigkeit des Arrestes im Wege einfacher Vertheidigung gegen eine auf dem angeordneten Arrest fußende Klage nicht statthaft (Herzog in Busch, Zeitschr. VI S. 389, 390) und ebensowenig eine Beschwerde (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 157).

Ein namentlich zur Hebung der praktischen Bedeutung des § 24 bestimmter Antrag, auch dem Arrestkläger das Recht beizulegen, den Gegner behufs Geltendmachung eines etwaigen Widerspruchs zur mündlichen Verhandlung zu laden, wurde von der RTK. abgelehnt.

Die Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens gilt für den dinglichen wie für den persönlichen Arrest und ist nicht von dem Nachweise abhängig, daß dem Schuldner aus dem Aufschub Nachtheile erwachsen würden (anders Preuß. AGO. I 29 §§ 64, 70).

Daß die Zustellung des Beschlusses nicht ordnungsmäßig erfolgt ist, hindert die Erhebung des Widerspruchs nicht (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 163).

Auch während des Konkurses des Schuldners kann über die Rechtmäßigkeit des Arrestes entschieden werden (RG. III S. 396).

Das Arrest-Pfandrecht bleibt in Kraft, bis über den Widerspruch entschieden ist (s. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 40 Nr. 81).

2) Die Bestimmungen beziehen sich nur auf den vom Schuldner, nicht auf einen von anderen Personen, z. B. vom Drittschuldner, erhobenen Widerspruch; im letzteren Falle würde vielmehr § 690 entsprechend anzuwenden sein, wie der Vertreter der Reichsregierung auf Anfrage in der RTK. erklärte. (Vgl. auch Puchelt in Busch, Zeitschr. III S. 7 ff., RG. XII S. 401.) Ebensowenig fällt die Anfechtung des Arrestes auf Grund der §§ 22 ff. d. KO. u. des § 6 des Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 (RGBl. S. 277) unter § 804 (OLG. Karlsruhe in Seuffert Arch. 38 Nr. 85).

3) Wenn der Arrest auf Grund mündlicher Verhandlung (durch Endurtheil) angeordnet ist, kommen die §§ 804, 805 nicht zur Anwendung (§ 802 Anm. 1).

> „Ist die mündliche Verhandlung vorausgegangen, so haben bereits in dieser alle die Erörterungen Platz gefunden, welche sonst bei der Verhandlung nach erhobenem Widerspruche stattfinden würden und die darauf erlassene Entscheidung vertritt die Stelle des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urtheils, so daß sie wie dieses als Urtheil charakterisirt und durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden muß." (Mot.).

§ 805. Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurtheil zu entscheiden.

---

§ 804.

1) Abs. 2: Die Form der Erhebung des „Widerspruchs" steht mit den allgemeinen Prozedurformen der CPO. im Einklang. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 191—194, 457, 458, 462 kommen zur Anwendung. Die Ladungsfrist (§ 194) beträgt eine Woche bzw. 3 Tage, je nachdem der Widerspruch vor einem Kollegialgericht oder einem Amtsgericht zu erheben ist (A. M. anscheinend Gaupp III S. 469 — „3 Tage"). Ueber die Zustellung s. §§ 152 ff. Auch § 160 findet Anwendung, wie der Vertreter der Reichsregierung auf Anfrage in der RTK. bestätigte (Prot. S. 433, 434); ebenso § 192. Die Mittheilung der Gründe für die Aufhebung des Arrestes in dem die Ladung enthaltenden Schriftsatze ist obligatorisch, jedoch nur in dem Sinne, daß die mündliche Verhandlung dadurch vorzubereiten ist (§§ 120 ff.). Daß in der mündlichen Verhandlung andere Aufhebungsgründe nicht geltend gemacht werden dürfen, ist nicht vorgeschrieben. Auch der Kläger kann neue, in dem schriftlichen Gesuche nicht angeführte Arrestgründe für die Bestätigung geltend machen (vgl. § 800 Anm. 2 u. RG. V S. 364 ff., Dorendorf a. a. O. S. 23, Möller in Busch, Zeitschr. X S. 500).

2) Als Aufhebungsgrund kann nur die Abwesenheit einer der materiellen oder formellen Voraussetzungen des Arrestes (§§ 796—801) geltend gemacht werden. Dabei hat, da der Schuldner dem Arrestsucher gegenüber materiell sich in der Rolle der Vertheidigung befindet, Letzterer auf Bestreiten des Ersteren die Voraussetzungen des Arrestes (Anspruch und Arrestgrund) nachzuweisen, während Ersterem die Beweispflicht nur in Ansehung der selbständigen Behauptungen (Anfechtungsgründe) obliegt (RG. in Seuffert, Arch. 37 Nr. 174 u. in Gruchot, Beitr. XXVI S. 1184, XXVIII S. 1173, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert §§ 804, 805 Anm. 3, Sarwey II S. 303, Gaupp III S. 469, 470). Zu diesen gehört auch die exceptio spolii (RG. VII S. 330; vgl. § 232 Anm. 5). In die Kognition über den Anspruch selbst hat sich das Arrestgericht aber nur soweit einzulassen, als es sich um das Erforderniß der Glaubhaftmachung handelt, gleichviel ob die Hauptsache bereits anhängig ist oder nicht.

„Denn nur der Arrest als solcher ist Gegenstand des Streits; zur Feststellung des Anspruchs ist das Gericht durch den Arrestantrag nicht berufen (vgl. Mot. z. Württ. Entw. Art. 834). Auch ist der Arrestantrag nicht eine Klage, an welche der Schuldner eine Widerklage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses anknüpfen könnte (vgl. Preuß. AGO. I 29 §§ 37, 38, Württ. PO. Art. 833)". (Mot.)

§ 253 kommt also bei dem Widerspruchsverfahren nicht zur Anwendung. Indessen läßt sich nicht schlechthin (mit Fitting § 98 S. 382; vgl. auch RG. IV S. 404) behaupten, daß Einwendungen, welche den Hauptanspruch betreffen, unzulässig seien. Bedürfen sie keines Beweises oder werden sie sogleich vollständig bewiesen, so fällt der Anspruch und damit der Arrest (vgl. Peters in Gruchot, Beitr. XXV S. 593 ff., Wieding im Rechtslex. I S. 156, Wilm. Levy a. a. O., Seuffert §§ 801, 802 Anm. 2b). Ueber Zulässigkeit einer Widerklage im Arrestverfahren s. noch Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 34, 124. Wegen einer Verbindung mit der anhängigen Hauptsache s. § 138, Merkel a. a. O. S. 143.

Glaubhaftmachung der für die Aufhebung des Arrestes angeführten Thatsachen ist nicht (unbedingt) erforderlich, sondern es genügt unter Umständen die Bestreitung der Voraussetzungen des Arrestes (vgl. Puchelt II S. 677, Gaupp III S. 469, Merkel a. a. O. S. 155, Wilm.-Levy a. a. O.).

3) Abs. 3: Der „Widerspruch" hat, wie regelmäßig die Beschwerde (§ 535), keine aufschiebende Wirkung. Hierzu bedarf es der Hinterlegung (§ 803).

§ 805.

1) Abs. 1: — „über die Rechtmäßigkeit des Arrestes" — d. h. daß der Arrest ganz oder theilweise zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben (vgl. Abs. 2).

— „durch Endurtheil" — also nach mündlicher Verhandlung, für welche die allgemeinen

Das Gericht kann den Arrest ganz oder theilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

N. Entw. §§ 708—713. Entw. I. § 722. Entw. II. § 737. Entw. III. § 750. Mot. S. 452—454. Prot. S. 429.

§ 806. Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

Grundsätze gelten (s. § 804 Anm. 1), insbesondere auch der Anwaltszwang. Gegen dasselbe finden Berufung, Revision (vgl. RG. V S. 430 u. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 861) und bei Versäumung der Einspruch statt (§ 802 Anm. 1; s. RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1181, v. Kräwel in Busch, Zeitschr. II S. 397 ff.). Das Urtheil ist auch der materiellen Rechtskraft fähig (RG. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 180). Ueber das Versäumnißverfahren s. Merkel a. a. O. S. 193, Seuffert §§ 802, 803 Anm. II e.

Wegen der Gründe s. § 804 Anm. 1, 2. Das Gericht ist nicht an das vom Schuldner Vorgetragene gebunden.

Ueber die Entschädigungspflicht des Gläubigers, hinsichtlich welcher es bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts bewendet [vgl. § 801 Anm. 3, Preuß. ALR. I 6 §§ 36, 37, 132—138, Nordd. Prot. S. 1176, 1177, Briegleb, Einl. in d. summ. Proz. S. 307, Merkel a.a.O. S.185ff., Gaupp III S.471, 472, RG. VII S.374 und in Gruchot, Beitr. XXX S.1185, welches in Uebereinstimmung mit dem OTr. (Entsch. d. preuß. OT. 49 S. 11) u. dem ROHG. 21 S. 70 nach preuß. Recht die Pflicht nur im Falle des Verschuldens annimmt, ebenso wie OLG. Celle u. Kiel (in Seuffert, Arch. 38 Nr. 290, 40 Nr. 20) nach gem. Recht; s. auch Dernburg II § 295 Anm. 7, S. 853 u. dagegen Förster (Eccius) I § 90 Anm. 14, S. 631], wird nicht (wie nach Bayer. PO. Art. 636, Bad. PO. § 615) mitentschieden. (A. M. Merkel a. a. O. S. 188.)

2) Abs. 2: Der materielle Gehalt dieser Vorschrift liegt in dem Spielraum, welcher quantitativ wie qualitativ dem richterlichen Ermessen gewährt wird. Die Zulässigkeit der (vollständigen oder theilweisen) Bestätigung gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers entspricht den §§ 652 Abs. 1, 668 Abs. 2, 688, 689, 801 Abs. 2, die der Abänderung oder Aufhebung gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers oder des Schuldners (letzteres hält Merkel a. a. O. S. 155, 156 mit Unrecht für unzulässig) den §§ 652 Abs. 2, 668 Abs. 2, 688—690 Abs. 3, 807. Vgl. § 803 Anm. 2.

Die Anbringung eines neuen Arrestgesuchs wegen veränderter Umstände ist nach Analogie des § 807 nicht ausgeschlossen (vgl. auch N. E. § 717).

3) Wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit des den Arrest aufhebenden oder beschränkenden bzw. von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig machenden Urtheils gilt § 648 Nr. 5. Indessen kommen auch die §§ 651—653 zur Anwendung (vgl. Merkel a. a. O. S. 156, 157, Seuffert §§ 804, 805 Anm. 4). Das bestätigende Urtheil ändert selbstverständlich nichts in der Vollstreckbarkeit des Arrestbefehls (s. § 809 Anm. 4). Bei Vorlegung des den Arrest aufhebenden oder beschränkenden Urtheils ist die Vollziehung des Arrestes einzustellen (§§ 691 Nr. 1, 692, 808).

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 9, 28, GO. f. RA. § 20.

§ 806.

1) Die Arrestsache hat sachlich stets die Natur eines Inzidentpunkts. Die CPO. gewährt daher dem Schuldner das Recht, falls die Hauptsache noch nicht anhängig ist, die Erhebung der Klage in der Hauptsache zu erwirken. Selbstverständlich besteht hierfür nur dann ein Bedürfniß, wenn der Schuldner nicht inzwischen in Folge der Vollziehung des Arrestes gezahlt hat. (Die Sicherheitsbestellung schließt das Interesse des Schuldners an alsbaldiger Entscheidung der

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurtheil auszusprechen.

N. Entw. §§ 709, 712. Entw. I. § 723. Entw. II. § 738. Entw. III. § 751. Mot. S. 454. Prot. S. 429.

§ 807. Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes beantragt werden.

Hauptsache nicht aus.) Daher ergeht die betreffende richterliche Anordnung nur „auf Antrag“. Bei betagten oder bedingten Ansprüchen (§ 796 Abs. 2) wird vor Eintritt des Termins bzw. der Bedingung höchstens Anstellung der Feststellungsklage (§ 231) verlangt werden dürfen (vgl. Sarwey II S. 305, 306, Gaupp III S. 473 u. A.).

Die Anordnung erfolgt, mag der Arrest durch Endurtheil oder Beschluß angeordnet sein, seitens des „Arrestgerichts“ (welches den Arrest angeordnet hat — vgl. § 799 Anm. 3) ohne mündliche Verhandlung (also durch Beschluß), wenngleich die Anhörung des Gegners auch hier nicht ausgeschlossen ist (vgl. § 801 Anm. 1). Wegen der Zustellung s. § 294 Abs. 3. Die Frist bestimmt sich nach richterlichem Ermessen. Sie kann auf Antrag abgekürzt oder verlängert werden (s. §§ 202, 203). Da sie zum Arrestverfahren gehört, wird sie durch die Ferien nicht gehemmt. Der Gläubiger hat kein Rechtsmittel, der Schuldner gegen die Versagung einfache Beschwerde (§ 530). [Vgl. RG. in Seuffert, Arch. 42 Nr. 82, OLG. Hamburg das. 39 Nr. 174, OLG. Celle in Busch, Zeitschr. III S. 19, Merkel a. a. O. S. 151, 177, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 473, 474, Seuffert Anm. 2, jetzt auch Petersen § 806 Nr. 1 u. A. A. M.: Hellmann III S. 168, v. Bülow § 802 Anm. 4, welche sofortige Beschwerde (§ 701) zulassen, obwohl es sich hier um Anordnung, nicht um Vollziehung des Arrestes (vgl. § 808) handelt und in § 813 Abs. 4 die besondere Beschwerde für einen einzelnen Fall ausdrücklich zugelassen ist.]

Die Klage kann beim Vorhandensein mehrerer Gerichtsstände bei jedem derselben erhoben werden (RG. XIII S. 365. A. M. Wilm. Levy § 821 Anm. 1, welche in dem Antrage auf Arrest bzw. einstweilige Verfügung die Ausübung des Wahlrechts auch für die Hauptsache erblicken).

2) Abs. 2: Das Präjudiz ist die Aufhebung des Arrestes, welche gleichfalls nur auf Antrag des Schuldners von dem Arrestgericht ausgesprochen wird (vgl. Preuß. AGO. I 29 § 74). Da erworbene Rechte des Gläubigers in Frage stehen, kann die Aufhebung des Arrestes nur auf Grund mündlicher Verhandlung durch Endurtheil erfolgen. Ist letzteres ein Versäumnißurtheil (vgl. Seuffert Anm. 3, H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 378 ff.), so ist der Einspruch unbeschränkt zulässig (anders Entw. I § 723 Abs. 3, H. E. § 532). Bei Aufhebung des Arrestes ist der Gläubiger in die Kosten des Arrestverfahrens zu verurtheilen (vgl. § 802 Anm. 2). Wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit vgl. § 648 Nr. 5.

3) So lange die Verhandlung über den Antrag nicht geschlossen ist, kann der Nachtheil noch durch Anstellung der Klage abgewendet werden (s. § 209 Abs. 2, Puchelt II S. 679, Wilm.-Levy Anm. 2, Siebenhaar S. 725, Petersen a. a. O., Endemann III S. 370, Gaupp III S. 474, jetzt auch Seuffert Anm. 3 u. A. A. M. Hellmann III S. 169).

4) Wegen der Gebühren im Falle des Abs. 2 s. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 9, 28, GO. f. RA. § 20.

§ 807.

1) Abs. 1: Die freie, durch die Natur des Arrestes als einer vorläufigen Sicherheitsmaßregel gebotene Stellung des Richters (vgl. § 805 Anm. 2) zeigt sich auch nach der Bestätigung im Widerspruchsverfahren (§§ 804, 805). „Wegen veränderter Umstände“, d. h. in diesem Falle solcher, welche sich erst nach der Bestätigung ereignet haben (nur diese

Die Entscheidung ist durch Endurtheil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und, wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache.

N. Entw. § 715. Entw. I. § 724. Entw. II. § 739. Entw. III. § 752. Mot. S. 454, 455. Prot. S. 429.

---

läßt zu Möller in Busch, Zeitschr. X S. 504 ff.) oder doch dem Schuldner erst nach derselben bekannt geworden sind (A. M.: Merkel a. a. O. S. 170 u. Gaupp III S. 476, nach welchen es stets nur auf den Zeitpunkt der Anordnung ankommt), kann stets die Aufhebung des Arrestes oder die Umwandelung der Sicherheit in eine andere beantragt werden. Als Beispiel der ersteren („insbesondere") gilt die Erledigung des Arrestgrundes (vgl. §§ 797, 798). Die Abweisung des Arrestklägers in der Hauptsache gehört, wie auch die Mot. hervorheben, gleichfalls hierher. Sie erledigt zwar nothwendig den Arrest (vgl. § 810 Anm. 2), aber nur mit Hülfe des hier vorgeschriebenen Verfahrens, welches mit dem in der Hauptsache verbunden werden kann; der Standpunkt des Richters ist hier insofern ein anderer als bei Anordnung des Arrestes (vgl. § 804 Anm. 2).

Was von der Bestätigung (§ 805) vorgeschrieben ist, („auch"), gilt auch bezüglich der durch Widerspruch nicht angegriffenen bzw. durch (rechtskräftiges) Endurtheil erfolgten Anordnung (vgl. § 802 Abs. 1). Auch diese versteht sich nur „rebus sic stantibus", kann aber nur durch Endurtheil beseitigt werden. (Ebenso Seuffert Anm. 1, Sarwey II S. 307, Endemann III S. 371, Gaupp III S. 475, 476, Wilm. Levy Anm. 1, Herbst in Busch, Zeitschr. VIII S. 519 ff. u. A. A. M. Möller a. a. O. S. 507 ff.)

Die Eröffnung des Konkurses allein ist aber keine genügende Veränderung der Umstände; das Arrestpfandrecht wäre sonst fast ganz bedeutungslos (vgl. § 797 Anm. 1). [So auch Hölscher in Busch, Zeitschr. VI S. 207 ff., Seuffert Anm. 1 u. A. A. M.: Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVI S. 532 ff., v. Wilmowski, KO. § 22 Anm. 4; vgl. auch RG. VI S. 435, Merkel a. a. O. S. 206.]

2) — „auf Grund des Erbietens — Sicherheitsleistung" — Der Parallelismus der Sicherheitsleistung und des Arrestes ist ein durchgehender (vgl. §§ 801 Abs. 2, 805 Abs. 2). Selbstverständlich kann auch der Arrestkläger variiren und eine Umwandelung bzw. Ergänzung der in dem Arreste gebotenen Sicherheit beantragen (§ 796; vgl. auch § 104 Abs. 3). S. noch § 803 Anm. 2.

— „beantragt werden" — Der Antrag kann nur vom Arrestbeklagten gestellt werden, nach § 236 Abs. 2 auch nicht vom Zessionar der arrestirten Forderung (OLG. Stettin in Seuffert, Arch. 39 Nr. 280).

3) Abs. 2: Aus demselben Grunde wie nach § 806 Abs. 2 kann die Entscheidung nur durch Endurtheil erfolgen, auch wenn der Arrest durch Beschluß angeordnet war (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1173, Herbst a. a. O., Seuffert Anm. 2).

Ist die Hauptsache noch nicht oder nicht mehr anhängig, so hat der Beklagte, welcher hier als Kläger auftritt, den Arrestkläger nach allgemeinen Grundsätzen zur mündlichen Verhandlung vor das Arrestgericht (§ 799) zu laden (vgl. Seuffert a. a. O.). Auch ein Versäumnißurtheil ist zulässig (vgl. über dasselbe H. Meyer in Busch, Zeitschr. IX S. 348).

Ist die Hauptsache anhängig, so kann der Antrag auf Aufhebung in der Verhandlung über die Hauptsache gestellt werden (vgl. auch Barkhausen a. a. O. S. 533), und das Gericht ist in der Lage — wie die Mot. hinzufügen — die Aufhebung des Arrestes sofort auszusprechen (vgl. § 648 Nr. 5) oder in Anwendung der Vorschriften über die ausnahmsweise erfolgende Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Aufhebung von der Rechtskraft des den Hauptanspruch abweisenden Urtheils abhängig zu machen. Letztere Befugniß ist allerdings unbedenklich; ein solcher Ausspruch ist indessen mit der Abweisung des Antrags gleichbedeutend (s. Anm. 1). Im Uebrigen s. §§ 651 ff. — Die Verbindung mit der anhängigen Hauptsache ist nicht nothwendig. Die Sache kann getrennt von der Hauptsache, obwohl (abweichend von § 799) nur bei dem Ge-

§ 808. Auf die Vollziehung des Arrestes finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

N. Entw. § 719. Entw. I. § 725. Entw. II. § 740. Entw. III. § 753. Mot. S. 455. Prot. S. 429.

§ 809. Arrestbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.

Die Vollziehung ist vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Sie ist jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der für diese im vorhergehenden Absatze bestimmten Frist erfolgt.

N. Entw. § 719. Entw. I. § 726. Entw. II. § 741. Entw. III. § 754. Mot. S. 455. Prot. S. 429.

---

richte der Hauptsache (§ 821), verhandelt und entschieden werden, wenn die Parteien bzw. das Gericht die Trennung vorziehen (§§ 136, 138).

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 9, 28, GO. f. RA. § 20.

§ 808.

1) Die „Vollziehung des Arrestes" ist die Ausführung der Anordnung desselben (des Arrestbefehls). Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung als Regel ergiebt sich aus der Natur des Arrestes (s. d. allg. Bem. z. 5. Abschn.). Dieselbe bezieht sich sowohl auf die Form und die Voraussetzungen der Vollziehung als auf die hinsichtlich des Gegenstandes geltenden Beschränkungen (vgl. z. B. §§ 715, 749, 785, 786, ferner §§ 712, 713), ebenso auf die Kosten (§ 697 Abs. 2; s. RG. im RAnz. 1882 b. Beil. 12 S. 1). Reichsgesetzliche Bestimmungen, wonach gewisse Gegenstände nicht mit Arrest belegt werden können [vgl. z. B. HGB. Art. 119, 120, 169, 446; Post-Ges. v. 28. Oktober 1871 § 20 (RGBl. S. 347)], bleiben daneben bestehen (EG. z. CPO. § 13), während die zahlreichen landesgesetzlichen Beschränkungen (vgl. z. B. Koch, Proz.-Ordn. S. 809 ff., Strey a. a. O. S. 63 ff.) beseitigt sind. Bezüglich des Personalarrestes vgl. auch § 812.

Der Arrestbefehl (§ 802), welcher den Gegenstand des Arrestes nicht zu bezeichnen braucht, sondern sich mit der Anordnung des dinglichen Arrestes im Allgemeinen begnügen kann (vgl. §§ 800 Anm. 3, 803 Anm. 1) und das unter Umständen zur Vollziehung desselben zu erlassende Gebot können zwar gleichzeitig in derselben Urkunde erlassen und zugestellt werden; es muß jedoch der Wille des Richters, zugleich mit der Anordnung, das zur wirklichen Pfändung erforderliche Gebot erlassen zu wollen, zu klarem Ausdruck gelangt sein (RG. IX S. 319; vgl. auch RG. in RAnz. 1885 b. Beil. 6 S. 297).

Während des Konkurses finden Arreste so wenig wie Zwangsvollstreckungen statt (KO. § 11).

2) — „soweit — enthalten" — nämlich die §§ 809—813. Dieselben beruhen meistentheils auf dem besonderen Zweck des Arrestes (s. d. allg. Bem.).

3) Ueber die Gebühren in den Fällen der §§ 808—813 s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1 u. 2, 31, 36.

4) Nach § 1 des Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben usw., v. 28. März 1879 (GS. S. 293) steht im Sinne dieser Vorschrift die Vollziehung eines Arrestbefehls der Zwangsvollstreckung gleich. (Vgl. § 694 Anm. 1, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 276, 277.)

§ 809.

1) Abs. 1 stimmt mit § 704 Abs. 1 überein. Der Arrestbefehl enthält, wie der Voll-

streckungsbefehl bereits alle wesentlichen Bestandtheile der Vollstreckungsklausel (§ 663). Hinsichtlich des Ausnahmefalls („wenn nach" usw.) kommen die §§ 666, 667 zur Anwendung.

2) Abs. 2: Diese Beschränkung der Vollstreckbarkeit auf eine kurze gesetzliche Frist (vgl. §§ 200, 201 Abs. 2, GVG. §§ 202 Nr. 2, 204) war nach den Mot. erforderlich, um die Vollziehung des Arrestes — welche dem Betreiben des Gläubigers überlassen ist — unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen zu verhüten. Vgl. auch § 641. Durch den bloßen Auftrag an den Gerichtsvollzieher wird die Frist nicht gewahrt (Siebenhaar S. 726, Petersen §§ 808—812 I 3, Wilm. Levy Anm. 4).

— „verkündet oder — zugestellt" — je nachdem der Arrest durch Endurtheil oder durch Beschluß angeordnet ist; vgl. § 802 Anm. 2.

3) Behufs Vollziehung muß der Arrestsucher eine Ausfertigung des Arrestbefehls in Händen haben (s. § 662).

4) Die Vollziehung des Arrestes kann sofort erfolgen (wie R. E. § 719 Abs. 1 ausdrücklich verordnet). Dies ergiebt sich rücksichtlich des Arrest-Beschlusses schon daraus, daß auf ihn der Begriff — also auch die Hemmung — der Rechtskraft (vgl. §§ 644, 645) keine Anwendung findet, hinsichtlich aller Arrestbefehle (auch der den Arrestbefehl enthaltenden Endurtheile) aber aus Natur und Zweck des Arrestes. Die Frist des Abs. 2 hätte sonst keinen Sinn, und ebenso unterstellt § 803 offenbar, daß bis zur Hinterlegung die Vollziehung unbeschränkt zuläßig ist. (Vgl. auch OLG. Dresden in Wengler, Arch. III S. 596, Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 808—812 I 2, Sarwey II S. 299, Fitting § 98 S. 381, Merkel a. a. O. S. 160, Gaupp III S. 480, Puchelt II S. 682 Anm. 3, welcher letztere sich aber hinsichtlich des Beschlusses unrichtig auf § 702 Nr. 3 beruft, u. A.) Ueberdies ist ein Antrag, die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen erst eine Woche nach Zustellung des den Arrest anordnenden Beschlusses an den Schuldner zu gestatten, von der RTK. abgelehnt.

5) Die nach Abs. 2 eingetretene Unwirksamkeit des Arrestes hindert nicht die Erneuerung des Arrestgesuchs (Seuffert Anm. 2, obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 37 Nr. 175).

6) Der Abs. 3 fehlte in der CPO. und ist dem § 809 durch Gesetz v. 30. April 1886, betr. die Ergänzung des § 809 der CPO. (RGBl. S. 130) hinzugefügt worden. Anlaß zu diesem Gesetze gaben die vielen Zweifel über das Verhältniß des bisherigen § 809 zu der Vorschrift des § 671 Abs. 1, wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn das Urtheil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird, und insbesondere über die Schwierigkeiten, welche daraus entstanden, daß nach der herrschenden Ansicht (vgl. RG. VI S. 388, VIII S. 429, XI S. 402) die Arrestvollziehung nicht beginnen durfte, bevor gemäß der §§ 671 Abs. 1, 808 der Arrestbefehl dem Schuldner zugestellt war. [Vgl. hierüber Seuffert §§ 808 Anm. 1, 809 Anm. 2 u. in Busch, Zeitschr. III S. 357 ff., Voß in Böbiker, Mag. II S. 131 ff. u. im civ. Arch. 70 S. 130 ff., Francke in Böbiker, Mag. II S. 148 ff., Kuhn in Gruchot, Beitr. XXVII S. 683 ff., Hagemann das. XXIX S. 379 ff., Tränkner in Busch, Zeitschr. VI S. 194 ff., Petersen (Hamburg) das. VIII S. 425 ff., Jastrow das. IX S. 422 ff., Beschorner in Jur. Wochenschr. 1883 S. 65, Wach I S. 272 ff., Fitting, Die Entbehrlichkeit der beabsichtigten Novelle zur CPO. Berlin 1886. u. A.] Der Entwurf des Bundesraths schlug zur Lösung dieser Schwierigkeiten als Abs. 3 des § 809 folgende Bestimmung vor:

> „An Stelle der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner (§ 671) genügt es, wenn die Post um Bewirkung der Zustellung ersucht (§§ 177, 179) oder, sofern eine Zustellung mittelst Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder eine öffentliche Zustellung erforderlich ist, das Gesuch um die Zustellung (§ 190) überreicht ist."

(Vgl. Drucks. d. Reichst. 6. Legisl. Per. II. Session 1885/86 Nr. 125, Stenogr. Ber. S. 1078 ff., Busch, Zeitschr. IX S. 544 ff.) Hiernach sollte also bei der Arrestvollziehung nicht allgemein, sondern nur in den Fällen der Zustellung durch die Post (§§ 177, 179) oder mittels Ersuchens

§ 810. Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt. Die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den im §. 709 bestimmten Wirkungen. Für die Pfändung einer Forderung ist das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

Gepfändetes Geld und ein im Vertheilungsverfahren auf den Gläubiger fallender Betrag des Erlöses werden hinterlegt.

Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde.

N. Entw. §§ 720–723, 726, 727, 967. Entw. I. § 727. Entw. II. § 742. Entw. III. § 755. Mot. S. 455, 456. Prot. S. 429–434, 583–588, 720, 731–733.

---

anderer Behörden oder Beamten (§§ 182—185) oder einer öffentlichen Zustellung (§§ 186—189) die Ueberreichung des Gesuchs um die Zustellung gemäß § 190 die Zustellung selbst ersetzen, und zwar ohne jede Beschränkung. Die Reichstagskommission hat aber jenen Entwurf wesentlich abgeändert (vgl. den Kommissionsbericht in Drucks. d. Reichst. a. a. O. Nr. 233, Busch, Zeitschr. X S. 154 ff.), und in der von der Kommission abgeänderten Fassung ist derselbe Gesetz geworden. (Vgl. über dieses Gesetz Petersen (Hamburg) in Busch, Zeitschr. X S. 153 ff., Brettner in Gruchot, Beitr. XXX S. 526 ff. u. Marcus das. XXXI S. 37 ff.) Hiernach ist einerseits bei der Arrestvollziehung — im Gegensatz zur Zwangsvollstreckung — allgemein die Vollziehung vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig und mithin die Anwendbarkeit jener Vorschrift des § 671 für die Arrestvollziehung völlig beseitigt; andererseits wird die Wirksamkeit einer vor der Zustellung erfolgten Vollziehung des Arrestes davon abhängig gemacht, daß die Zustellung innerhalb einer kurzen Frist nachfolgt. Diese Frist ist eine zwiefache. Einmal muß die Zustellung innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und zweitens innerhalb zwei Wochen seit Verkündung oder Zustellung des Arrestbefehls an den Gläubiger erfolgen. Auf die Zustellung des Arrestbefehls an Schuldner, welche im Auslande sich aufhalten, oder deren Aufenthalt unbekannt ist, kommt aber § 190 zur Anwendung, so daß die Wahrung der Frist gegenwärtig stets möglich sein wird. Zweifelhaft ist es dagegen, ob der § 190 auch Platz greift, wenn der Gläubiger ohne Rücksicht auf Abs. 3 des § 809 ein Gesuch um Zustellung vor der Vollziehung überreicht. Obwohl alsdann zur Zeit der Ueberreichung eine Frist für die Zustellung noch nicht begonnen hatte, dürfte die Frage dennoch zu bejahen sein, weil in Ermangelung ausdrücklicher entgegenstehender Vorschriften (wie z. B. im Falle des § 477 Abs. 2) eine Zustellung vor Beginn einer Frist derjenigen innerhalb derselben gleichsteht. (So auch Anm. *) des Herausgebers zu Petersen a. a. O. S. 165. A. M. Petersen a. a. O. S. 165 ff.)

Nach § 815 findet Abs. 3 des § 809 auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung.

§ 810.

1) Abs. 1 enthält einen wichtigen Grundsatz hinsichtlich der Wirkung des Arrestes in bewegliches Vermögen. Während nach gem., preuß. und franz. Rechte der Arrest nur die Ungültigkeit nachtheiliger Dispositionen bewirkte, also namentlich ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern nicht begründete [vgl. Preuß. AGO. I 29 § 81 ff., Koch, Preuß. Privatrecht I § 205, Förster (Eccius) I § 48 S. 233, III § 190 S. 457, Dernburg I S. 335, 336, Strey a. a. O. S. 171 ff.], läßt die CPO. durch den Arrest ein Pfandrecht wie durch die Zwangsvollstreckung entstehen (§ 709). [Vgl. auch Rudolph in Jahrb. f. Dogm. XX S. 399 ff., Mandry S. 217 ff., 335 ff.] Die Mot. bemerken darüber:

„Der Zweck des Arrestes, die Sicherung der Zwangsvollstreckung, fordert, daß der Vollziehung des Arrestes dieselben Wirkungen beigelegt werden müssen, wie der Zwangsvollstreckung selbst. Die Erwägungen, welche zur Aufnahme des § 709 geführt haben, recht-

fertigen die Vorschrift des § 810 Abs. 1, daß die Pfändung zum Zwecke der Vollziehung des Arrestes das Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande mit den in § 709 bestimmten Wirkungen begründet. Wenn auch in der Konstruktion abweichend, so steht der Entwurf doch im praktischen Resultate mit dem N. E. § 967 in Einklang (vgl. Nordd. Prot. S. 2030, 2031, 2076, 2077)."

In der RTK. wurde der Grundsatz lebhaft bekämpft und die Vorlage anfänglich abgeändert, bei der Revision der zweiten Lesung jedoch wieder hergestellt. Hauptsächlich entscheidend war das Vollstreckungspfandrecht (§ 709), dessen Erlangung auch ohne jede Begünstigungsabsicht von Zufälligkeiten abhänge. „Solche Willkür und Zufälligkeiten auszugleichen" — bemerkte ein Regierungskommissar — „gebe es, abgesehen von einer rechtzeitigen Konkurseröffnung, nur ein Mittel, das Arrestpfandrecht; je stärker übrigens die Wirkung des Arrestes sei, desto gewissenhafter werde der Richter prüfen, ehe er den Arrest anlege." Im Einklang mit dieser starken Wirkung steht auch die den Sicherheitsleistungen in dem vorliegenden Abschnitte beigelegte Bedeutung.

2) Satz 1 stimmt mit § 708 Satz 1 überein. Satz 2 wiederholt zunächst (s. § 808 Anm. 1), daß auch die Pfändung den Regeln der Vollstreckungspfändung folgt (vgl. §§ 712 ff., 730, 732, 754, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 101); der Schwerpunkt des Satzes liegt in der Bestimmung der Wirkungen der Pfändung.

Ein Arrest auf das Gutsinventar bzw. die Gutsvorräthe wird ebenfalls nach den §§ 708 ff. vollzogen (s. RG. i. Str.S. VI S. 227 ff., Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 304).

Da das Arrestpfandrecht die Wirkungen des Vollstreckungspfandrechts hat, so bestimmt sich das Verhältniß dieser Pfandrechte unter einander nach der Zeit der Pfändung (§ 709 Abs. 3), während im Uebrigen dafür die §§ 727, 728 maßgebend sind, und ebenso geht ein früher begründetes Arrestpfandrecht einem späteren Vertragspfandrecht vor. Auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber behält das früher erworbene Arrestpfandrecht seine Wirkung — abgesehen von dem Falle in KO. § 98 Abs. 1. Ein entgegengesetzter Antrag ist von der RTK. in zweiter Lesung abgelehnt. [Vgl. §§ 804, 805 Anm. 2, KO. §§ 40, 41 Nr. 9, Merkel a. a. O. S. 206 ff.] Dabei findet jedoch eine Anfechtung nach §§ 22—34 der KO. — und außerhalb des Konkurses nach d. Reichsges. v. 21. Juli 1879 — wie beim Vollstreckungspfandrechte statt (vgl. z. B. RG. IV S. 435, VI S. 367), wobei es auch auf die Kenntniß des Gerichtsvollziehers (wie des Anwalts) von der Zahlungseinstellung ankommt. (A. M. OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 37 Nr. 281. S. jedoch § 674 Anm. 1; Rudolph a. a. O. S. 409.)

Eine vollkommene Identität der Wirkungen des Arrestes in bewegliches Vermögen mit denen der Zwangsvollstreckung ist gleichwohl nicht vorhanden. Das Pfandrecht des Arrestsuchers ist seiner Natur nach in gewissem Sinne ein bedingtes, nämlich bedingt [suspensiv hinsichtlich der vollständigen Realisirung (Verwerthung), resolutiv vorbehaltlich der förmlichen Aufhebung] durch die vollstreckbare Verurtheilung in der Hauptsache; erfolgt statt derselben die Abweisung des Klägers, so ist es hinfällig, sobald die förmliche Aufhebung des Arrestes hinzutritt (vgl. § 807 Anm. 1). Daß die letztere entbehrlich sein sollte und das Pfandrecht von selbst erlischt (s. Sarwey II S. 310, Hellmann III S. 173, Fitting § 98 Anm. 36), ist nicht ausgesprochen; da dasselbe auf einem besonderen vollstreckbaren Titel (dem Arrestbefehl) beruht, so hat die Ansicht, daß es der förmlichen Aufhebung desselben bedarf, überwiegende Gründe für sich (vgl. auch Petersen §§ 808—812 II 2, Gaupp III S. 477, 485, Wilm. Levy Anm. 2, Merkel a. a. O. S. 93, 94, 170, Dorendorf a. a. O. S. 71, jetzt auch Seuffert Anm. 2). Das Arrestpfandrecht führt ferner als solches nicht zur Befriedigung, sondern nur zur Sicherstellung (s. die allg. Bem. z. 5. Abschn. unter 1). Der Arrest bleibt bei der Pfändung stehen. Die Versteigerung gepfändeter Sachen (§§ 716 ff.) findet in der Regel ebensowenig statt als die Ueberweisung gepfändeter Forderungen (§§ 736 ff.) [S. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 523. A. M. in letzterer Hinsicht „mit der Wirkung, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege" OLG. Braunschweig das. VIII S. 111.] Konsequenzen des Grundsatzes enthalten Abs. 2 u. 3.

Tritt jedoch eine vollstreckbare Verurtheilung hinzu, so verwandelt sich das Arrestpfandrecht von selbst in ein Vollstreckungspfandrecht, da die Bedingung erfüllt ist; eine wiederholte Pfändung zum Zwecke der Vollstreckung ist nicht (wie nach R. E. § 967 Abs. 2) erforderlich. (So auch Endemann III S. 376, Sarwey II S. 310, Petersen §§ 808—812 II 1, Gaupp III S. 484, Peters a. a. O. S. 11 u. A. A. M. Fitting § 98 Anm. 38, welcher Zustellung einer Erklärung des Gläubigers verlangt, daß dieser nunmehr zur wirklichen Vollstreckung schreite.) Dieses folgt aus dem Satze: „Die Pfändung — begründet ein Pfandrecht mit den in § 709 bestimmten Wirkungen". Allerdings kann das Verfahren nur auf Grund eines zugestellten vollstreckbaren Schuldtitels fortgesetzt werden (§§ 662, 671 Abs. 1). Rechtshängigkeit hinsichtlich des Anspruchs und Litigiosität der Streitsache werden durch das Arrestverfahren nicht begründet (vgl. § 235 Anm. 2, Strey a. a. O. S. 172) und ebensowenig der Gerichtsstand der Hauptsache (vgl. § 24 Anm. 1).

3) Eine Kompetenzbestimmung für die Pfändung einer Forderung enthält Satz 3; dieselbe ersetzt den § 729 Abs. 2; sie gilt auch für die Pfändung der in § 754 bezeichneten Rechte (Seuffert Anm. 3, Gaupp III S. 482 u. A.). „Arrestgericht" (vgl. § 799 Anm. 1) und „Vollstreckungsgericht" fallen hier zusammen. Wegen der Vollziehung s. §§ 808 Anm. 1, 809 Anm. 3.

Hinsichtlich der Hypothekenforderungen und Grundschulden ist § 731 anzuwenden. [Vgl. für Preußen, Ges. v. 5. Mai 1872 § 49, Grundbuchordn. § 91, Entsch. d. OT. 75 S. 139, Achilles: D. preuß. Ges. über Grundeig. u. Hypothekenr. 3. Ausg. S. 278, 437, Bahlmann, Grundbuchr. 3. Aufl. S. 191 ff.] Vgl. § 731 Anm. 2.

Wegen Arrestpfändung von Staatsschuldbuchforderungen s. Preuß. Ges. v. 20. Juli 1883 § 7 (GS. S. 120).

4) Abs. 2: Die Bestimmung, daß gepfändetes Geld hinterlegt, nicht, wie nach § 716 Abs. 2, dem Gläubiger abgeliefert wird, ist eine in der Natur des Arrestes begründete Abweichung von den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung (s. oben Anm. 2); vgl. auch § 659. Dasselbe gilt von dem im Vertheilungsverfahren auf den Arrestgläubiger fallenden Betrage des Erlöses von Sachen (vgl. §§ 758 ff.). Bei Konkurrenz des Arrestgläubigers mit anderen Gläubigern, welche ein Vollstreckungspfandrecht haben, kann es nämlich gleichwohl zur Versteigerung und Hinterlegung eines Erlöses kommen (vgl. §§ 710, 727, 728, 751). Analog wird die Vorschrift auch bei Pfändung von Geldforderungen anzuwenden sein, wenn der Schuldbetrag hinterlegt ist (§ 750). Hinsichtlich der Wirkungen der Hinterlegung s. §§ 709 Anm. 6, 803 Anm. 1. Beim Hinzutritt eines rechtskräftigen Urtheils verwandelt sich auch hier (vgl. Anm. 2 a. E.) das Arrestpfandrecht in ein Vollstreckungspfandrecht.

Nach § 24 Abs. 1 d. Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 (GS. S. 249) findet die Auszahlung hinterlegter Beträge, welche im Wege des Arrestes gepfändet oder nach den bisherigen Vorschriften mit Arrest belegt sind, nicht statt, so lange der Arrest zwischen den betheiligten Parteien nicht beseitigt ist. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 451.)

5) Abs. 3: Diese Bestimmung bildet eine nothwendige Ausnahme von dem Grundsatze, daß das Arrestpfandrecht nicht zur Versteigerung des Arrestgegenstandes führt (Anm. 2). Die Anordnung steht als Theil der Vollziehung nur dem Vollstreckungsgericht (im Gegensatz zum Arrestgericht) zu (vgl. §§ 684, 685, 810 Abs. 1 Satz 3). Sie ergeht nur auf Antrag eines der Betheiligten und ist stets fakultativ („kann"), da das Vorhandensein der Voraussetzungen (relative Unmöglichkeit der Aufbewahrung) sich nur nach freiem Ermessen beurtheilen läßt. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt (§§ 701, 808). Daß der Erlös nur hinterlegt, nicht gezahlt wird, entspricht dem Abs. 2.

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35, Nr. 2, 39 (beide in der neueren Fassung), GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 36.

6) Eine Anwendung des § 810 s. in § 744 Abs. 2.

§ 811. Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

N. Entw. § 725. Entw. I. § 728. Entw. II. § 743. Entw. III. § 756. Mot. S. 455, 456. Prot. S. 434.

§ 812. Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes richtet sich, wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§. 785—794 und, wenn

---

§ 811.

1) Die Vorschrift entspricht der in § 757 Abs. 1. Auch § 757 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden. Die Voraussetzungen der Vollziehung regeln sich zunächst nach der CPO. (vgl. §§ 671—673, 809), event. nach den Landesgesetzen. (Vgl. Merkel a. a. O. S. 94, Gaupp III S. 486, 487, Wilm. Levy Anm. 1.)

2) In allen Beziehungen, sei es hinsichtlich der Form oder der Gegenstände oder der Wirkungen der Vollziehung (im Gegensatz zur Anordnung), entscheiden die Landesgesetze. Dies gilt namentlich auch von der Frage, inwiefern die Eintragung des Arrestes in das Hypotheken- oder Grundbuch erforderlich, und wie sie zu erwirken ist (vgl. §§ 658, 757 Anm. 5; N. E. § 725). Ein Antrag, ersteres in Bezug auf § 817 ausdrücklich zu bestimmen, wurde in der RTK. zurückgezogen, nachdem der Vertreter der Reichsregierung eine solche Vorschrift für selbstverständlich erklärt hatte (Prot. S. 434).

Nach preuß. Recht [vgl. Ges., betr. d. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 13. Juli 1883 (GS. S. 131) § 10, welcher den § 811 zur Ausführung bringt] wird auf Antrag des Gläubigers eine Vormerkung zur Höhe des zu sichernden Geldbetrages eingetragen. Diese Vormerkung dient zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung der Forderung (Eig.-Ges. v. 5. Mai 1872 § 22 Abs. 3) und hat (nach den Mot.) als solche ihren Platz in der dritten Abtheilung des Grundbuchs, in welcher die endgiltige Eintragung der Forderung erfolgen würde. Damit sind, abgesehen von den vor dem 1. November 1883 eingetragenen Arresten, die Kontroversen des preuß. Rechts über den Inhalt des Rechts sowie über die Abtheilung, in welche dasselbe einzutragen (vgl. die früh. Auflagen), erledigt. Der Antrag ist unmittelbar an den Grundbuchrichter zu richten (Ges. v. 13. Juli 1883 § 12 Abs. 1). Ueber die Zulässigkeit der Eintragung entscheidet die Zeit der Präsentation des Gesuchs (vgl. § 17 das., Peters a. a. O. S. 67 ff.). Außerdem ist auch eine Zwangsverwaltung nach Wahl des Gläubigers zulässig (§ 2 Abs. 2, 3 a. a. O.).

Wegen der Pfändung beweglicher Pertinenzstücke s. §§ 757 Anm. 4, 810 Anm. 2. Zur Sicherung des Rechts des Hypothekengläubigers auf hängende und stehende (unabgesonderte) Früchte bedarf es keines Arrestes (s. RG. V S. 392). Wegen der Pfändung der Pacht- und Miethszinsen s. Heidenfeld in Gruchot, Beitr. XXVI S. 489.

Das Bergwerkseigenthum gilt hinsichtlich des Arrestes als Grundeigenthum (Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 52).

In Betreff der übrigen Landesrechte s. namentlich Merkel a. a. O. S. 95 ff., Mandry S. 217 Anm. 22, Seuffert Anm. 2. Wegen Württemberg s. Gaupp III S. 487 ff.

Andere Fragen hinsichtlich des Immobiliararrestes erörtert Merkel a. a. O. S. 125 ff.

Nach gem. Recht bewirkt ein im Wege des Arrestes erlassenes Veräußerungsverbot nicht nothwendig Nichtigkeit der trotzdem vorgenommenen Veräußerung (RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 192).

3) In Bezug auf die Zuständigkeit ist § 755 in Verbindung mit § 808 maßgebend, so daß die Zuständigkeit des Amtsgerichts durch die Landesgesetze wenigstens in Bezug auf Grundstücke nicht ausgeschlossen werden kann. (So auch Gaupp III S. 486. Vgl. jedoch Hauser in s. Zeitschr. IV S. 42 Anm. 26.)

4) Wegen der Gebühren s. für Preußen AG. z. GKG. § 17 Abs. 1.

§ 812.

1) — „wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§ 785—794“

sie durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgt, nach den vom Arrestgerichte zu treffenden besonderen Anordnungen, für welche die Beschränkungen der Haft maßgebend sind.

N. Entw. — Entw. I. § 729. Entw. II. § 744. Entw. III. § 757. Mot. S. 456. Prot. S. 434.

§ 813. Die Aufhebung eines vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags erfolgt von dem Vollstreckungsgerichte.

Das Vollstreckungsgericht kann die Aufhebung des Arrestes auch anordnen, wenn die Fortdauer besondere Aufwendungen erfordert und die Partei, auf deren Gesuch der Arrest verhängt wurde, den nöthigen Geldbetrag nicht vorschießt.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 707, 727. Entw. I. § 730. Entw. II. § 745. Entw. III. § 758. Mot. S. 456. Prot. S. 434.

— Also ist mit den übrigen Beschränkungen der Haft auch die zeitliche auf höchstens sechs Monate (§ 794) anwendbar (anders N. E. §§ 694, 1069). Sicherheitshaft und Vollstreckungshaft werden aber nicht zusammengerechnet. (Zustimmend Gaupp III S. 489, Dorendorf a. a. O. S. 139, Peters a. a. O. S. 60. A. M. Puchelt II S. 686.) Auch § 795 ist nicht auf den Sicherheitsarrest anwendbar. Eine andere, fortdauernd gültige Beschränkung enthält HGB. Art. 446 Abs. 3.

2) — „durch sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit" —

> „Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes kann auch durch mildere Maßregeln als durch Haft erfolgen (Bayer. PO. Art. 616, Bad. PO. § 605); dazu gehört auch die Beschlagnahme von Legitimationspapieren (Württ. PO. § 824), welche als solche nicht einen Gegenstand eines Vermögensrechts und eines dinglichen Arrestes bilden" (Mot.).

Vgl. Nordd. Prot. S. 1108, 1111, Entsch. d. preuß. OT. 76 S. 270 ff.

Andere Maßregeln zählt das preuß. Recht auf. Danach sollten gegen Fremde, vornehmlich solche höheren Ranges, „die gelinderen Wege der Ankündigung des Stadt- oder Hausarrestes, Observation, Beschlagnehmung der Reisepässe, Inhibition an den Gastwirth wegen Verabfolgung von Pferden, Wagen, Reisegeräthschaften und anderen Effekten gewählt werden" (Anh. § 206 zu AGO. I 29 § 90). Die Auswahl und nähere Anordnung solcher Maßregeln gebührt dem Arrestgerichte (s. § 799 Anm. 1), die Ausführung dem Gerichtsvollzieher (vgl. § 790). Beschwerden gegen die Ausführung folgen den allgemeinen Regeln (vgl. §§ 684 Abs. 2, 685; s. auch § 813 Abs. 2).

In allen diesen Fällen gelten gleichfalls die subjektiven und objektiven Beschränkungen der Haft (§§ 785—788, 794).

§ 813.

1) Abs. 1 regelt den Fall, wenn auf Grund des § 803 die Aufhebung eines bereits vollzogenen Arrestes beantragt wird. Der Schuldner hat sich deshalb mit dem Nachweise der erfolgten Hinterlegung (vgl. § 803 Anm. 2) mittels schriftlichen Gesuchs an das Vollstreckungsgericht (im Gegensatz zum Arrestgerichte) zu wenden, welches ausschließlich zuständig ist (vgl. §§ 808, 810 Abs. 1 in Verb. mit §§ 684, 707; anders N. E. § 707 Abs. 2). Der Arrestbefehl wird durch die Aufhebung des vollzogenen Arrestes noch nicht erledigt — auch nicht im Falle der Hinterlegung nach § 803, weil in der Hinterlegung keine freiwillige Unterwerfung unter den Arrestbefehl liegt — sondern muß besonders angegriffen werden (vgl. Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 467, Endemann III S. 366, Merkel a. a. O. S. 175, Herzog in Busch, Zeitschr. VI S. 385 ff. u. A. A. M. Kleiner III S. 286).

§ 814. Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

N. Entw. § 729. Entw. I. § 731. Entw. II. § 746. Entw. III. § 759. Mot. S. 456, 457. Prot. S. 434.

Wegen der vorläufigen Verwahrung bei einem Amtsgerichte in Preußen s. § 803 Anm. 2.

2) Abs. 2: Wie im Falle des § 792, so hat bei allen Arresten der Gläubiger den Betrag der dazu etwa nöthigen besonderen Aufwendungen vorzuschießen. Vgl. auch GKG. § 84 Abs. 1. Erfolgt die Vorschußleistung nicht, so kann das Vollstreckungsgericht von Amtswegen die Aufhebung des Arrestes (d. h. des Vollzugs, nicht des Arrestbefehls) beschließen.

3) Abs. 3: Die Bestimmung stimmt mit § 684 Abs. 3 überein. Je nachdem mündliche Verhandlung vorausgegangen oder nicht, erfolgt die Entscheidung durch Urtheil oder Beschluß. (So auch Merkel a. a. O. S. 172, v. Bülow Anm. 4, Endemann III S. 381. A. M.: Wilm.-Levy Anm. 4, Hoffmann in Gruchot, Beitr. XXIV S. 743 ff., Gaupp III S. 491, Seuffert §§ 119 Anm. 6 i. A., 813 Anm. 3, Dorendorf a. a. O. S. 66, welche mit Unrecht behaupten, daß — abgesehen von §§ 802, 815 — bei fakultativer mündlicher Verhandlung die Entscheidung niemals durch Endurtheil erfolge; vgl. auch §§ 294 Anm. 1, 820 Anm. 1.)

Die Beschwerde (im Fall der Zurückweisung durch Urtheil findet Berufung statt) hat keine aufschiebende Wirkung (§ 535). Gegen einen zurückweisenden Beschluß findet einfache Beschwerde statt (§ 530 Abs. 1). [So auch Petersen § 813 Nr. 2, Gaupp III S. 491, Merkel a. a. O. S. 173, Dorendorf a. a. O. S. 67. A. M.: Puchelt II S. 688, Sarwey II S. 313, Hellmann III S. 175, Wilm. Levy Anm. 4, jetzt auch Seuffert Anm. 4, welche § 701 auf diesen Beschluß anwenden, weil es sich um den Vollzug des Arrestes handle, und dem Abs. 4 nur eine deklaratorische Bedeutung beilegen. Derselbe wäre aber bei dieser Auslegung nicht nur überflüssig, sondern sogar irreleitend. Vgl. auch § 802 Anm. 1.]

4) Abs. 4: vgl. §§ 530 Anm. 1, 540, 707. Die sofortige Beschwerde greift nach § 701 auch Platz, wenn die Aufhebung durch Urtheil erfolgt ist.

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 3 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 29 Nr. 4, 36.

§§ 814—820.

1) Ueber die hier behandelten „einstweiligen Verfügungen" vgl. die allg. Bem. zum 5. Abschn. (oben S. 876). Der Gegensatz der einstweiligen Verfügung zum Arrest beruht nicht sowohl im Inhalt als im Zweck, nämlich der Sicherung einer Individualleistung (s. auch Merkel a. a. O. S. 19 ff., RG. IV S. 399 ff. A. M. Wach in Krit. Vierteljahrsschr. XV S. 372 ff.). Die Fälle des § 814 wollen jedoch gleichfalls eine künftige Zwangsvollstreckung sichern und unterscheiden sich von denen des Arrestes im Wesentlichen nur durch die individuelle Beziehung des Parteirechts zu dem von der Verfügung ergriffenen Gegenstande [vgl. z. B. § 17 d. Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 4. März 1879 (GS. S. 102), Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 102 Abs. 1]. Die Vorschrift des § 819 (die sog. Provisorien betreffend) dagegen umfaßt nicht blos manche landesgesetzlich (mehr oder weniger aus Rücksichten des Gemeinwohls) gestatteten Fälle eines Ordonnanzverfahrens (vgl. Preuß. ALR. I 7 §§ 155—160, I 14 §§ 102 ff. rc.), sondern enthält einen allgemeinen, zur unmittelbaren Anwendung geeigneten Rechtsgrundsatz, wonach unter gewissen Voraussetzungen vom Gerichte die Regelung eines, wenngleich einstweiligen Zustandes erfolgen kann (nur diesen Fall erkennt Wach a. a. O. de lege ferenda als Gegenstand einer einstweiligen Verfügung an). [Vgl. auch RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 294.] § 819 steht selbständig neben § 814 und bezeichnet einen zweiten Grad der Statthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung. Indessen bleiben daneben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, unberührt (EG. z. CPO. § 16 Nr. 4), wobei es sich, wie die Mot. besonders

§ 815. Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

N. Entw. § 735. Entw. I. § 732. Entw. II. § 747. Entw. III. § 760. Mot. S. 456. Prot. S. 434.

---

bemerken, von selbst versteht, daß prozessuale Vorschriften, welche von denen der CPO. abweichen, beseitigt sind. Auch landesgesetzliche Vorschriften, wonach Verwaltungsbehörden Anordnungen mit oder ohne Vorbehalt des Rechtswegs zu erlassen befugt sind, werden selbstverständlich nicht berührt (GVG. § 13). Vgl. auch Nordd. Prot. S. 1214, 1215, 1242 ff.

2) Die §§ 815—818, 820 regeln das Verfahren. Besondere Bestimmungen für dringende Fälle enthalten die §§ 816 Abs. 2, 820. Vgl. auch § 822. Der Werth der einstweiligen Verfügungen bestimmt sich nicht unbedingt nach dem Werthe des Gegenstandes der Hauptsache (RG. v. 13. Mai 1886 — Beschw.R. IIIa 5/86).

3) Ueber einstweilige Verfügungen in Ehesachen s. § 584 u. EG. z. CPO. § 16 Nr. 6, in Entmündigungssachen §§ 613, 624, 626. Nicht hierher gehören ihrer Natur nach die einstweiligen Anordnungen in der Beschwerdeinstanz (§ 535 Abs. 3) und bei der Zwangsvollstreckung (§§ 668 Abs. 2, 688 Abs. 2 2c.) sowie im Konkurse (KO. §§ 98, 183 Abs. 2), welche sich gegen Handlungen der Staatsorgane, speziell der gerichtlichen Vollstreckungsorgane richten. [Vgl. Fitting § 99 Anm. 6, Merkel a. a. O. S. 224, Gaupp III S. 492, Peters in Gruchot, Beitr. XXIX S. 354 ff.]

4) Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 815—822 s. GKG. §§ 35 Nr. 3 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. § 23 Nr. 1.

§ 814.

1) — „in Beziehung auf den Streitgegenstand" — Hiermit ist bereits ausgedrückt, daß es sich um Sicherung des Anspruchs auf eine individuelle Leistung bzw. eines dinglichen Rechts handeln muß — im Gegensatz zu § 796. Anhängigkeit der Hauptsache ist nicht erforderlich (§§ 806, 815, 819 Anm. 2, 820), wie N. E. § 733 und andere Entwürfe und Prozeßordnungen ausdrücklich aussprechen [vgl. auch RG. IV S. 405 u. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 89 (und beitretend Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 122), Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 814—820 I 2 a. E., Gaupp III S. 493, 496, Wilm. Levy § 816 Anm. 1 u. A. A. M.: Sarwey II S. 314, 315, Wach a. a. O. S. 373], wohl aber ein schon ausgebrochener Streit (eine Rechtsverletzung) [s. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 319]. Wegen Anstellung der Klage ist § 806 entsprechend anzuwenden.

2) — „wenn zu besorgen ist — werden könnte" — Die Voraussetzungen haben erhebliche Aehnlichkeit mit der causa arresti (§§ 797, 798). Es kommt aber nicht sowohl auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners an, als darauf, wie er sich zu dem Streitgegenstande verhält, z. B. ob er denselben devastirt (vgl. OLG. Jena in Seuffert, Arch. 40 Nr. 98), zur Veräußerung oder Belastung desselben Anstalten trifft (vgl. § 817 Abs. 2), er zu der Besorgniß der Fortschaffung von Theilen desselben (z. B. des Inventars eines Pfandgrundstücks) Anlaß giebt (vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1185), u. dgl. m. Die Veränderung kann übrigens auch in einem durch die Natur der Sache eintretenden Verfall des Gegenstandes, welcher durch die einstweilige Verfügung abgewendet werden soll, bestehen. Beispiele enthält Preuß. ALR. I 14 § 107; I 20 § 442. (Vgl. OLG. Karlsruhe in Busch, Zeitschr. III S. 498, Peters a. a. O. S. 78.)

§ 70 des Preuß. Eig.Ges. v. 5. Mai 1872, welches von diesem Erforderniß absieht, ist nach EG. z. CPO. § 16 Nr. 4 unberührt geblieben (RG. XI S. 279). Vgl. § 757, Preuß. AG. z. CPO. § 18.

§ 815.

1) — „die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das

§ 816. Für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Die Entscheidung kann in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

N. Entw. §§ 731, 737. Entw. I. § 733. Entw. II. § 748. Entw. III. § 761. Mot. S. 457. Prot. S. 434.

§ 817. Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

N. Entw. § 732. Entw. I. § 734. Entw. II. 749. Entw. III. § 762. Mot. S. 457. Prot. S. 434.

Arrestverfahren" — d. h. die §§ 796—813, in allem, was Zuständigkeit und Prozedur einschließlich der Abänderung und Aufhebung der Verfügung anlangt. Wegen der Glaubhaftmachung s. § 800 Anm. 4 a. E. Indessen wird § 799 durch die §§ 816, 820 ersetzt, § 801 Abs. 1 durch § 816; §§ 803, 813 Abs. 1 sind als dem Zwecke der einstweiligen Verfügung widersprechend nicht anwendbar (s. Merkel a. a. O. S. 242 u. A.; vgl. § 818). Die zweiwöchige Frist des § 809 Abs. 2 ist zwar auch auf einstweilige Verfügungen an sich anwendbar; indessen ist bei der nur „entsprechenden" Anwendung dieser Vorschrift nicht ausgeschlossen, daß wegen des Zwecks der Verfügung eine längere Vollziehbarkeit ausdrücklich bestimmt werden kann; z. B. werden einstweilige Verfügungen, welche fortlaufende Leistungen zum Gegenstand haben (vgl. § 584), auch über zwei Wochen hinaus zum Vollzuge gebracht werden können (OLG. Dresden in Wengler, Arch. III S. 596, D. J. Ztg. 1883 S. 158; vgl. auch Dorendorf a. a. O. S. 152). Wegen § 809 Abs. 3 s. § 809 Anm. 6 a. E. [Eine spezielle Uebersicht der betreffenden Vorschriften s. bei Seuffert Anm. 1, Hellmann III S. 176, Gaupp III S. 494 u. A.]

Wegen der Wirkungen vgl. § 817 Anm. 3. Die Vollmacht für den Hauptprozeß genügt auch für das eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren (§ 78).

2) — „die nachfolgenden Paragraphen" — nämlich die §§ 816—820.

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Abs. 1 Nr. 9, 35 Nr. 3 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 20, 23, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2, 36.

§ 816.

1) Abs. 1: — „das Gericht der Hauptsache" — vgl. §§ 799, 821. Im Falle des § 584 ist dies das Gericht, bei welchem der Ehescheidungsprozeß anhängig ist (obLG. f. Bayern in D. J. Ztg. 1885 S. 173). Anhängigkeit der Hauptsache ist auch hier nicht erforderlich (vgl. § 814 Anm. 1). Anders als nach § 799 ist das Amtsgericht als solches nur ausnahmsweise und beschränkt zuständig (vgl. § 820, RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 89).

2) Abs. 2: — „in dringenden Fällen" — Die Beschränkung fehlt in § 801 Abs. 1. Die Dringlichkeit muß eine solche sein, daß die durch Anrufung des Gerichts der Hauptsache eintretende Verzögerung die Erreichung des Zwecks der einstweiligen Verfügung gefährden würde (s. Merkel a. a. O. S. 245). Vgl. auch § 820 Abs. 3. Im Uebrigen s. hinsichtlich des Verfahrens §§ 800—807. Bei der Ladung ist auch hier nur die Ladungsfrist einzuhalten (vgl. § 801 Anm. 1, Seuffert Anm. 2).

§ 817.

1) Abs. 1: Der Richter ist hiernach bei der Wahl seiner Maßregeln zur Erreichung des Zwecks der einstweiligen Verfügung freier gestellt als bei der Verhängung des Arrestes (s. § 815), während er allerdings bei der zwangsweisen Durchführung derselben an die in den §§ 808, 811 bezeichneten Bestimmungen gebunden ist. Die Mot. bemerken darüber:

„Die durch eine einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr kann so mannigfaltig sein, daß die Mittel zur Abwehr sich im Voraus nicht bestimmen lassen. Sie können überall bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen. — Sind zur Er-

haltung des bestehenden Zustandes Handlungen oder Unterlassungen nothwendig, so können zu deren Erzwingung die zulässigen Vollstreckungsmaßregeln angewendet werden (Hann. PO. § 723 ꝛc.). Ist zur Vornahme einer Handlung nur der Schuldner selbst im Stande, so kann geeignetenfalls auch die Haft gegen ihn angeordnet werden."

Durch Bestimmungen, wie in Hann. PO. § 519 Abs. 2 (vgl. auch H. E. § 551):

„Durch die einstweilige Verfügung darf der bisherige Besitzstand wo möglich nicht verändert werden und kein Theil zu größeren Leistungen angehalten werden, als zur Abwendung des drohenden Schadens nothwendig ist",

ist zwar das richterliche Ermessen nicht eingeengt; indessen dürfte die dort ausgesprochene Regel der Natur der Sache nach in den meisten Fällen Beachtung verdienen. [Nach RG. IX S. 334 darf bei dazu geeigneter Sachlage einem Forderungsberechtigten im Wege einstweiliger Verfügung selbst durch Zwangsvollstreckung, z. B. Pfändung beweglicher Sachen, ja sogar durch Ablieferung von gepfändetem Gelde oder vom Pfanderlös, Befriedigung verschafft werden. Vgl. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 530; s. jedoch andererseits RG. XV S. 377.] Bei dem freien Ermessen ist es auch zulässig, eine einstweilige Verfügung gegen Sicherheitsleistung zu erlassen.

Einstweilige Verfügungen sind ihrer Natur nach sofort vollstreckbar (vgl. § 809 Anm. 4, Seuffert § 816 Anm. 2, Puchelt II S. 690, Wilm. Levy § 816 Anm. 2, Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 33, OLG. Dresden a. a. O. S. 532, Preuß. Gesch.-A. f. d. GV. § 102). Wegen der Zustellung gilt auch hier jetzt § 809 Abs. 3. Die Vollziehung in Bezug auf Grundstücke richtet sich nach den Landesgesetzen.

2) Abs. 2 enthält Beispiele. In erster Linie erwähnt ist die Sequestration, d. h. die Verwahrung oder Verwaltung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, selbst lebender Wesen und sogar von Personen (vgl. §§ 746, 747, 751, 752, 754; Preuß. ALR. I 14 §§ 104 ff.; Strey a. a. O. S. 116, 126 ff.).

— „geboten" — z. B. Fütterung eines Thieres, Stützen eines Gebäudes.

— „verboten" — z. B. Betreten eines Weges, Wegnahme eines Grenzzeichens, Fortbringen der Sachen des Miethers aus dem Hause des Vermiethers (Bunsen a. a. O. S. 31).

Ueber die Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung s. §§ 773—777.

3) Die materielle Vorschrift des § 810, wonach ein Pfandrecht begründet wird, findet auf einstweilige Verfügungen der Natur der Sache nach keine Anwendung. Die Wirkungen der einstweiligen Verfügung richten sich nach der Natur der vom Richter gewählten Mittel. Inwiefern insbesondere ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot auch Dritten gegenüber wirksam ist, wird sich nach bürgerlichem Recht bestimmen (anders in den Fällen der §§ 730 Abs. 1, 744 Abs. 2, 754 Abs. 2). [Vgl. auch Endemann III S. 385, Gaupp III S. 499, Merkel a. a. O. S. 232 ff., Peters a. a. O. S. 80. Mandry S. 218 will das Veräußerungsverbot nur für Grundstücke zulassen.] Bei Grundstücken wird in der Regel dazu Eintragung in das Grundbuch erforderlich sein (vgl. § 811 Anm. 2).

Ein Antrag, ausdrücklich zu verordnen:

„Inwieweit zugleich eine Eintragung in den Grundbüchern erforderlich ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen",

in der RTK. wurde zurückgezogen, nachdem der Reg.-Vertreter v. Amsberg eine derartige Bestimmung für selbstverständlich erklärt hatte.

In Preußen findet die zur Eintragung einer Vormerkung nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 (vgl. §§ 8, 16, 22, 70 das.) erforderliche Vermittelung des Prozeßrichters nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung statt; für die Voraussetzungen dieser Eintragung ist nach § 16 Nr. 4 des EG. z. CPO. ausschließlich § 70 a. a. O. maßgebend (RG. XI S. 279, Wilm. Levy Anm. 2). Die durch eine einstweilige Verfügung angeordneten Eintragungen sind nach Vorlegung eines vollstreckbaren Urtheils oder Beschlusses, durch welche die Verfügung aufgehoben ist, auf Antrag des Eigenthümers — ohne Vermittelung des Prozeßgerichts bzw. Vollstreckungsgerichts

§ 818. Nur unter besonderen Umständen kann die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.

N. Entw. § 735. Entw. I. § 735. Entw. II. § 750. Entw. III. § 763. Mot. — Prot. S. 434.

§ 819. Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nöthig erscheint.

N. Entw. § 740. Entw. I. § 736. Entw. II. § 751. Entw. III. § 764. Mot. — Prot. S. 434.

---

oder Beglaubigung — zu löschen (AG. z. CPO. §§ 18, 19, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 254, 255, Dorendorf a. a. O. S. 157 ff.; vgl. CPO. §§ 691 Nr. 1, 692).

4) Eine Bestimmung, wie in Bayer. PO. Art. 641 Abs. 1:

„Vorsichtsverfügungen haben auf die Entscheidung der Sache, auf welche sie sich beziehen, und auf die mit dem Besitze verbundenen Rechte keinen Einfluß",

erklären die Mot. für entbehrlich:

„Nach dem Zweck der einstweiligen Verfügungen ist es selbstverständlich, daß durch dieselben weder der Entscheidung in der Hauptsache präjudizirt noch in dem materiellen Rechte der Parteien unter einander oder in den hierdurch gegebenen Parteirollen etwas geändert wird."

§ 818.

1) „Nur unter besonderen Umständen" — Hierin liegt die sich aus dem Zwecke der einstweiligen Verfügung ergebende Abweichung von den §§ 803, 805 Abs. 2, 807, 813, welche im Uebrigen auch hier anwendbar sind.

2) — „gestattet" — also nur auf Antrag, und zwar von dem Gerichte, welches die einstweilige Verfügung erlassen hat, bzw., wenn in den Fällen des § 820 die Hauptsache anhängig ist, von dem Gerichte der Hauptsache (§ 807 Abs. 2); die Aufhebung erfolgt alsdann durch das Vollstreckungsorgan nach § 691. § 813 Abs. 1 bezieht sich nur auf § 803 und kommt hier nicht zur Anwendung. (So auch Merkel a. a. O. S. 246 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 500, Kleiner III S. 291, jetzt auch Seuffert Anm.) — Wegen der vorläufigen Verwahrung eines hinterlegten Geldbetrags bei einem Amtsgerichte in Preußen s. § 803 Anm. 2.

§ 819.

Vgl. die allg. Bem. z. 5. Abschn. u. zu d. §§ 814—820.

1) — „eines einstweiligen Zustandes" — z. B. des Besitzstandes (vgl. RG. IV S. 404 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 294). Das Verfahren tritt insofern an die Stelle des sog. possessorium summariissimum des gemeinen Rechts. (S. auch Seuffert Anm. 1, v. Bar, D. Deutsche Civilprozeßrecht S. 79 u. für d. preuß. Recht Förster (Eccius) III S. 87. A. M. Dernburg I § 158.) Auch Rechtsmittel wie die operis novi nunciatio und das interdictum quod vi aut clam des gem. Rechts (s. u. A. v. Holzschuher, Theorie u. Kasuistik d. gem. Civ.-R. 3. Aufl. III S. 1067 ff., 1074 ff.) werden dadurch mehr oder weniger entbehrlich.

Andere Beispiele wurden in der Norbd. Prozeß-Komm. erwähnt: interimistische Regelung der Alimentationspflicht (vgl. z. B. § 584), Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Gastwirth und Gast, Baustreitigkeiten usw. (Norbd. Prot. S. 1242). Auch die Regelung der Ausübung des Retentionsrechts seitens des Vermiethers (vgl. Preuß. AGO. I 44 § 60, Anh. § 302) gehört hierher (s. Bunsen, Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpachters und Vermiethers nach Reichs- und Mecklenb. Landesrecht. Rostock 1884. S. 22 ff.). Dagegen ist eine Anordnung von Abschlagszahlungen auf eine durch seine einzige Leistung (Zahlung) zu tilgende Forderung (z. B. auf Schadensersatz) im Wege der einstweiligen Verfügung nicht zulässig (RG. XV S. 376).

2) — „ein streitiges Rechtsverhältniß" — gleichviel ob der Rechtsstreit bereits an-

§ 820. In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen des Amtsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

N. Entw. § 737. Entw. I. — Entw. II. § 752. Entw. III. § 765. Mot. S. 457. Prot. S. 434.

---

hängig ist oder nicht (s. auch RG. IV S. 405 ff.). Wegen Anstellung der Klage in der Hauptsache, sofern diese noch nicht anhängig, ist § 806 entsprechend anzuwenden. Vgl. § 815 Anm. 1.

3) — „sofern — nöthig erscheint" — nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Bestimmungen oder der Umstände, welche der Antragsteller glaubhaft zu machen hat, z. B. zur Abwendung erheblicher Nachtheile oder drohender Gewalt (vgl. auch Endemann III S. 386, Sarwey II S. 318 u. A.). Vgl. auch § 817 Anm. 1.

4) Bedenklich ist die Annahme (RG. IV S. 403), daß der Berufung des Beklagten auf ein ihm vom Kläger vertragsmäßig eingeräumtes Recht zur Vornahme der von demselben verbotenen Handlung in dem die einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren keine Bedeutung beizulegen sei. Wird der Einwand sogleich liquid gestellt und dadurch der ganze Anspruch erledigt, so ist ein legitimer Zweck der einstweiligen Verfügung nicht abzusehen (vgl. § 804 Anm. 2).

§ 820.

1) Nur in dringenden Fällen — abweichend von § 799 — ist das Amtsgericht der belegenen Sache (beweglichen oder unbeweglichen) zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach § 819 wie nach § 814 (so auch Wilm. Levy Anm. 1, Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 27. A. M. Merkel a. a. O. S. 135) zuständig, mag die Hauptsache bereits anderswo anhängig sein oder nicht. Indessen ist die Zuständigkeit nur eine einstweilige, „so daß das Eingreifen des Amtsgerichts" — wie die Mot. bemerken — „nur den Zweck verfolgt, den status quo in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung aufrecht zu erhalten, bis von dem Gericht der Hauptsache Verfügung erlassen werden kann."

Anders als nach den §§ 804, 805 ist es Sache desjenigen, welcher die einstweilige Verfügung nachgesucht hat, den Gegner zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit, und zwar vor das Gericht der Hauptsache, zu laden, und dieses Verfahren schließt sich nothwendig an die einstweilige Verfügung an, da das Amtsgericht sogleich (von Amtswegen, nicht blos — wie in § 806 Abs. 1 — auf Antrag) eine Frist zu bestimmen hat, binnen deren dasselbe anhängig gemacht werden muß, widrigenfalls — allerdings nur auf Antrag des Gegners — die Verfügung wieder aufgehoben wird. Die Unterlassung der Bestimmung der Frist macht die einstweilige Verfügung nicht ohne weiteres ungültig (RG. im RAnz. 1884 Nr. 262). Der Gegner kann eine Ergänzung beim Amtsgerichte beantragen. Uebrigens hat auch der Gegner das Recht zu laden (Wach I S. 275 Anm. 17. A. M. Wilm. Levy Anm. 1). Wegen der Ladungsfrist s. §§ 801 Anm. 1, 816 Anm. 2.

Die Form der Entscheidung ist, je nachdem mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder nicht (vgl. Anm. 2 u. § 802 Abs. 1), Endurtheil oder Beschluß. [So auch Endemann III S. 388, Merkel a. a. O. S. 237, 240, 243, Peters a. a. O. S. 47, Hellmann, Lehrb. S. 964. A. M.: RG. XIII S. 324 (ohne Angabe von Gründen), Sarwey II S. 319, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp III S. 502, 503, Seuffert Anm. 1, Dorendorf a. a. O. S. 148, welche in allen Fällen durch einfachen Beschluß entscheiden lassen.] Vgl. § 813 Anm. 3. Hinsichtlich der Rechtsmittel gilt nichts Besonderes (vgl. § 802 Anm. 1). Die Beschwerde (gegen den

§ 821. Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.

N. Entw. § 718. Entw. I. § 737. Entw. II. § 753. Entw. III. § 766. Mot. S. 457. Prot. S. 434.

§ 822. In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitt erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

N. Entw. §§ 705, 737. Entw. I. § 738. Entw. II. § 754. Entw. III. § 767. Mot. S. 457. Prot. S. 434.

---

die Anordnung versagenden Beschluß) ist auch hier nicht die sofortige (Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 502, 503, Seuffert Anm. 2. A. M. Puchelt II S. 694).

2) Zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist, abgesehen von Abs. 2, in dem Falle, wenn dieselbe nach §§ 807, 815 vom Gericht der Hauptsache bestätigt ist, nur dieses zuständig (s. Jastrow in Busch, Zeitschr. VIII S. 524 ff.).

Auch im Falle der Aufhebung nach Abs. 2 ist nach Abs. 3 (anders als in § 806 Abs. 2) eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich. Anhörung desjenigen, der die einstweilige Verfügung erwirkt hatte, ist gleichwohl nicht ausgeschlossen (s. Bahlmann, Preuß. Grundbuchrecht S. 230). Hinsichtlich der Form derselben gilt auch hier das in Anm. 1 Gesagte. Gegen den Aufhebungsbeschluß findet gemäß § 813 Abs. 4 die sofortige Beschwerde statt [So auch Seuffert Anm. 2 a. E., Wilm. Levy Anm. 2 (unter Berufung auf § 701, welcher nicht paßt, weil es sich nicht um Vollziehung handelt). A. M. Merkel a. a. O. S. 240, Dorendorf a. a. O. S. 148, welche ein Rechtsmittel überhaupt nicht zulassen]. Gegen den zurückweisenden Beschluß findet nach § 530 einfache Beschwerde statt.

Bis die (etwaige) Verhandlung über den Antrag (Abs. 2) geschlossen ist, kann die Klage (Abs. 1) noch erhoben werden (vgl. §§ 209 Abs. 2, 806 Anm. 3).

Urtheile, durch welche einstweilige Verfügungen aufgehoben werden, sind ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 5).

3) Wegen der Gebühren des Rechtsanwalts vgl. RG. VIII S. 338.

§ 821.

1) Der § 821 bezweckt hauptsächlich, die Zuständigkeit für die Fälle zu regeln, in welchen die Hauptsache in der Berufungs- oder Revisionsinstanz anhängig ist.

„Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts" — also bei Anwendung der §§ 799, 807 Abs. 2, 815, 816 Abs. 1, 820 Abs. 1.

2) — „das Gericht erster Instanz" — dieses auch dann, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz anhängig ist. Um dies klar zu stellen, wurden von der RTK. auf Antrag des Abg. v. Schwarze die Worte „das Gericht erster Instanz und" eingeschaltet. Ist die Hauptsache noch nicht anhängig (§§ 799 Anm. 1, 806, 814 Anm. 1, 819 Anm. 2), so hat der Gläubiger unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl.

3) — „wenn die Hauptsache — das Berufungsgericht" — Es wird dadurch, wie die Mot. hervorheben, vermieden, daß die Entscheidung der Hauptsache und die einstweilige Verfügung auf einer von einander abweichenden Beurtheilung beruhen. Gegen ein solches von dem Oberlandesgericht in erster Instanz erlassenes Urtheil findet Revision statt (vgl. § 507 Anm. 2, RG. V S. 430, obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 39 Nr. 61).

— „anhängig" — Für die Anhängigkeit ist die Zeit der Stellung des Antrags maßgebend (RG. VI S. 414).

§ 822.

1) Für dringende Fälle (vgl. § 820) wird hier, sofern ein Kollegialgericht die Entscheidung zu treffen hat und letztere ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, eine Erleichterung gestattet, indem die Entscheidung dem Vorsitzenden allein übertragen ist (vgl.

§ 131 Anm. 2). Ob derselbe von dieser Befugniß Gebrauch machen will, unterliegt seinem Ermessen („kann").

2) — „über die in diesem Abschnitt erwähnten Gesuche, sofern — erfordert" — vgl. §§ 800—802, 806 Abs. 1, 812, 813 Abs. 3, 815, 816 Abs. 2, nicht in den Fällen der §§ 804, 805, 806 Abs. 2, 807, 818, in welchen ausnahmslos eine mündliche Verhandlung bzw. Entscheidung durch Endurtheil vorgeschrieben ist, sowie des § 820, für welche § 822 keine Bedeutung hat.

3) Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden, welcher hier an die Stelle des Gerichts tritt („anstatt des Gerichts"), sind die gewöhnlichen Rechtsbehelfe zulässig, also je nach den Umständen Widerspruch (§§ 804, 815) oder Beschwerde (§§ 530, 532, 534 ff. 2c.), nicht — mit Ausnahme des § 813 Abs. 3 u. 4 — die sofortige (vgl. §§ 802 Anm. 1, 820 Anm. 1, Petersen §§ 821, 822 Nr. 2, Gaupp III S. 505, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. auch hier: Puchelt II S. 695 u. Hellmann III S. 179). Die Mot. bemerken in dieser Beziehung etwas undeutlich:

> „Der gegen die Verfügung desselben" (des Vorsitzenden) „stattfindende Widerspruch bringt die Sache zur Entscheidung des Gerichts."

Dies gilt nur für den technisch „Widerspruch" genannten Rechtsbehelf (anders § 666 Anm. 3, wo der Vorsitzende an die Stelle des Gerichtsschreibers, nicht des Gerichts tritt); die Beschwerde (gegen den ablehnenden Beschluß) geht nach §§ 531, 532 an das zunächst höhere Gericht.

Neuntes Buch.

Aufgebotsverfahren.

§ 823. Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachtheil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt.

Für das Aufgebotsverfahren ist das durch das Gesetz bestimmte Gericht zuständig.

N. Entw. §§ 1125, 1126. Entw. I. § 739. Entw. II. § 755. Entw. III. § 768. Mot. S. 458–460. Prot. S. 434, 435.

Neuntes Buch.

Mot. S. 458–460.

Literatur (unter vorzugsweiser Berücksichtigung des preuß. Rechts): Daube, Das Aufgebotsverfahren nach Preuß. Recht ꝛc. Berlin 1881. Wandersleben, Das Aufgebotsverfahren in Theorie und Praxis (mit Mustern). Berlin 1881. Neumann, Das Aufgebotsverfahren, durch Beispiele veranschaulicht. 2. Aufl. Berlin 1884. Turnau, Die Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872. 3. Aufl. I Paderborn u. Münster 1885. S. 156 ff., 206, 532 ff., 587. Fürst, Das Aufgebotsverfahren nach der CPO. in seiner Anwendung auf den bisherigen Geltungsbereich der AGO. Breslau 1880. Förster (Eccius) I § 58b, S. 360 ff.; Dernburg II S. 217 ff., Mandry S. 176 ff., Hellmann, Lehrb., S. 914 ff.]

1) Das Institut der gerichtlichen Aufforderung an einen bestimmten Gegner zur Klage oder Geltendmachung eines Widerspruchsrechts ist, wie oben erwähnt (§ 231 Anm. 3), durch Zulassung der Feststellungsklage entbehrlich geworden. Das neunte Buch beschäftigt sich mit der gemeinrechtlich nur in wenigen Fällen zulässigen (Wetzell S. 99 ff., 914 ff.; Renaud S. 125 ff.), erst in der Praxis und in den Landesgesetzgebungen (vgl. z. B. Koch, Preuß. Civilproz. S. 903 ff.) weiter ausgedehnten öffentlichen gerichtlichen Aufforderung an unbestimmte Gegner oder unbekannte Betheiligte zur Anmeldung von Ansprüchen und Rechten mit der Folge des (bedingten oder unbedingten) Ausschlusses. Dieses unter dem Namen (öffentliches) Aufgebot oder Ediktalverfahren bekannte Institut ist jedoch in der CPO. nicht erschöpfend geregelt, weil es überwiegend dem materiellen Rechte angehört.

> „Das bürgerliche Recht entscheidet die wichtigen Fragen, in welchen Fällen ein Aufgebot überhaupt zulässig sei, unter welchen Voraussetzungen es stattfinden könne, wer zu seiner Ausbringung legitimirt sei, worauf die Präklusion sich zu erstrecken habe, welche Anmeldungen neben oder (?) der Präklusion entgegenstehen, und wie die letztere wirke. Dem Prozeßrecht fällt lediglich die formelle Regelung des Verfahrens zu, namentlich die Bestimmung über die Art der öffentlichen Bekanntmachung, die Erlassung und Anfechtung des Präklusionsurtheils, auch die Gerichtszuständigkeit, insoweit nicht diese bei einer großen Zahl von Aufgeboten durch deren materiellen Inhalt von vornherein gegeben ist.“ (Mot.)

Aehnlich auch Mot. z. P. E. S. 302.

Da es sich bei dem Aufgebotsverfahren nicht um Rechtsschutz gegen objektiv rechtswidriges Verhalten handelt, so ist dasselbe prinzipiell nicht der streitigen, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinzuzurechnen (s. Wach I S. 46, 59, 61 ff., 395. A. M.: Bunsen in Mecklenb. Zeitschr. I S. 278 ff., Wilm. Levy § 827 Anm. 2). Im Sinne der Reichsjustizgesetze gehören jedoch die Aufgebotssachen zu den Rechtsstreitigkeiten, also dem Geschäftskreis der ordentlichen Gerichte (s. auch Planck, Lehrb. I S. 26).

2) Von dem Grundsatze, sich der Regelung der dem Civilrecht angehörenden Momente des Aufgebots zu enthalten, macht die CPO. nur bezüglich der Wechsel und der in den Art. 301, 302 d. HGB. bezeichneten Urkunden eine Ausnahme (§§ 837 ff.), weil hier bereits eine reichsgesetzliche Grundlage geschaffen war.

Im Uebrigen begnügt sich die CPO., anstatt der unausführbaren gesonderten Behandlung der bestehenden Aufgebote nach Kategorieen (vgl. P. E. §§ 1304 ff., 1317 ff., 1331 ff.; Hann. PO. § 501) damit, im Anschlusse an den R. E. „einen gemeinsamen Rahmen für die Prozedur bei allen überhaupt hierher zu ziehenden Aufgebotsfällen zu schaffen".

In diesem Sinne enthalten die §§ 823—836 gemeinsame, mehrfach von den allgemeinen Grundsätzen der CPO. abweichende Prozedurvorschriften für alle Aufgebotsfälle, welche die Gesetze zulassen.

Der Kreis der ihrer Anwendung unterliegenden Fälle kann durch die Landesgesetzgebung beliebig erweitert werden. Andererseits können die Landesgesetze nach § 11 d. EG. z. CPO. die Anwendung der Bestimmungen des 9. Buchs ausschließen oder diese durch andere Vorschriften ersetzen, insoweit nicht § 849 d. CPO. entgegensteht. Jene Vorschriften sind also, abgesehen von den §§ 837 ff., nur subsidiärer Natur, wenngleich nicht in dem Sinne, daß ohne Weiteres hinsichtlich des eigentlichen Verfahrens statt der Vorschriften der CPO. oder neben denselben partikularrechtliche Normen anzuwenden sind, sondern nur in dem, daß denselben durch Erlaß neuer landesgesetzlicher Vorschriften derogirt werden kann. Einzelne Bestimmungen bezeichnen sich jedoch ausdrücklich in jenem engeren Sinne als subsidiär; so §§ 825, 827, 837 Abs. 2, 849 Abs. 2 (vgl. Wach I S. 196 ff.).

3) Ueber den Gegenstand bzw. Umfang der in Rede stehenden Prozedurvorschriften äußern die Mot. Folgendes:

„Unter die gegebenen Vorschriften (§§ 824—836) soll prinzipiell jede Art eines im § 823 Abs. 1 begriffenen Aufgebotsverfahrens fallen und sonach einer prozessualischen Behandlung unterliegen, gleichviel ob dasselbe bislang in den einzelnen Rechtsgebieten der streitigen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit oder der Rechtspolizei angehörte. Dies gilt insbesondere auch für Todes- bezüglich Verschollenheitserklärungen sowie für alle Arten der Urkundenamortisation, für welche letztere nur noch einzelne spezielle Prozedurvorschriften (§§ 842, 849) nöthig waren.

Nach der im § 823 Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung des „Aufgebots" werden durch den Entwurf nicht betroffen:

1. alle nicht von den Gerichten zu erlassenden Aufgebote. Dahin gehören beispielsweise die von Verwaltungsbehörden im Bereiche der Bundes-Gewerbeordnung, die von den Strandämtern (vgl. Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 §§ 26 ff.), die von den Gemeinderäthen als Pfandgerichten und den Notaren in Erbtheilungsverhandlungen (Baden) erlassenen Aufforderungen u. a.;
2. alle Aufgebote, welche Theile eines anderen, besonders geregelten gerichtlichen Verfahrens, wie des Konkurs-, des erbschaftlichen Liquidations- oder des Subhastationsverfahrens sind;
3. alle Aufgebote, bei denen es sich nicht um unmittelbare oder mittelbare präklusivische Nachtheile (zu denen ebensowohl Rechtsverluste als Erschwerungen der Rechtsverfolgung zu zählen sind), sondern lediglich um Herstellung einer Thatsache oder eines faktischen Zustandes oder um Verhütung des faktischen Existentwerdens nichtiger Rechtsverhältnisse handelt."

Nicht hierher gehören danach auch die öffentlichen Aufforderungen in Art. 202, 221, 243, 245, 246, 767 ff. d. HGB. (anders Preuß. EG. z. HGB. Art. 58), die Aufgebote bei Ehe-

schließungen [Ges. v. 6. Februar 1875 §§ 44 ff. (RGBl. S. 23 ff.)] ꝛc., wohl aber das Aufgebot von Schuldurkunden nach d. Ges. v. 9. Nov. 1867 (BGBl. S. 157), v. 21. Juli 1870 (BGBl. S. 491), v. 26. April 1871 (BGBl. S. 91), v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91), von Reichsbankantheilscheinen [Reichsbankstatut v. 21. Mai 1875 § 8 (RGBl. S. 203 ff.)] ꝛc. Auf diese reichsrechtlichen Fälle finden die §§ 823 ff. jedoch nur soweit Anwendung, als nicht in den Spezialgesetzen besondere prozessuale Vorschriften enthalten sind (s. EG. z. CPO. § 13 Abs. 1). Vgl. auch die Vorbehalte in §§ 825, 827. Wo das Landesgesetz Präklusionen ohne Aufgebot zuläßt, z. B. nach Preuß. Recht Todeserklärungen in gewissen Fällen, kann die CPO. keine Anwendung finden; sondern es bewendet bei den bestehenden Vorschriften (s. Wilm. Levy S. 1032, 1033. A. M. Jastrow in Gruchot, Beitr. XXV S. 301 ff.). Hinsichtlich der übrigen Todeserklärungen, welche sich nach den §§ 823 ff. regeln, s. Wach I S. 59 Anm. 49.

4) Hinsichtlich der landesgesetzlich zugelassenen Aufgebote verdienen besondere Erwähnung die Bestimmungen des Preuß. AG. z. CPO. v. 24. März 1879 §§ 20—27 (GS. S. 281), welches die in der CPO. gemachten Vorbehalte, soweit es irgend angeht, im Sinne einheitlicher Gestaltung des Verfahrens erledigt (s. Mot. d. Ges. S. 24). § 20 bezieht sich auf das Aufgebot von Urkunden; § 21 läßt auf das „Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Löschung angeblich getilgter Hypotheken oder Grundschuldforderungen" (vgl. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 §§ 103, 104 — GS. S. 446; Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 5, 132 — GS. S. 131) die Vorschriften für das Aufgebot von Urkunden über solche Forderungen entsprechend anwenden; § 22 regelt das Aufgebot von Verschollenen, § 23 das Aufgebot von Fundsachen bzw. Schätzen unter Ergänzung bzw. Abänderung des bestehenden Rechts. Die §§ 24—26 dienen zur Vereinfachung des Verfahrens. § 27 bezeichnet die Grenze der Anwendbarkeit der Vorschriften des 9. Buchs d. CPO. und jener §§ 24—26 dahin, daß dieselben auf andere als die in den §§ 20—23 bezeichneten Aufgebote nur dann Anwendung finden, wenn nach den bestehenden Vorschriften der Eintritt von Rechtsnachtheilen durch besonderen Beschluß des Gerichts festgestellt werden muß. In Gemäßheit dieses Prinzips (s. auch die oben Anm. 3 mitgetheilten Mot. unter 3) sind nach den Mot. d. Ges. (S. 24) z. B. ausgeschlossen: das nach dem Ges., betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen, v. 12. März 1869 (GS. S. 473) zulässige Aufgebot der Erben, ferner die in den Gesetzen über das Grundbuchwesen außerhalb des ursprünglichen Bereichs der Grundbuchordnung zum Zwecke einer Eintragung im Grundbuche aus Privattestamenten oder Privaterbverträgen zugelassenen Aufgebote und das nach § 106 d. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 zulässige Aufgebot des Gläubigers einer noch nicht getilgten Post.

Dagegen sind die Vorschriften der CPO. bereits in einigen neueren preußischen Gesetzen für anwendbar erklärt. So erfolgt nach § 3 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben usw., v. 28. März 1879 (GS. S. 293) das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Legatare nach den §§ 824—836 d. CPO.; nach den Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 § 19 (GS. S. 102) u. v. 13. Juli 1883 §§ 135, 137 (GS. S. 331) das Aufgebot unbekannter Hebungsberechtigter, deren Forderung aus dem baaren Kaufgelde zu befriedigen ist, und ebenso solcher, deren Anspruch vom Ersteher zu übernehmen ist, nach den Vorschriften für das Aufgebot von Urkunden über Ansprüche, welche im Grundbuch eingetragen sind; auch das in der Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 §§ 58 ff. (GS. S. 279) zugelassene Aufgebot der bei einer Hinterlegung Betheiligten richtet sich nach den §§ 823 ff. (vgl. auch das. §§ 106, 108). Nach § 132 des angef. Ges. v. 13. Juli 1883 erfolgt das Aufgebot einer Schuldurkunde auch nach Löschung des Anspruchs im Grundbuche nach § 20 Abs. 4 d. AG. z. CPO. — Wegen der Real-Prätendenten vgl. das. § 40 Nr. 8, 9.

5) Eine Uebersicht der Landesgesetze enthält Wach I S. 167 Anm. 15; vgl. auch Seuffert Anm. 2. Wegen des sächsischen Rechts s. Siebenhaar S. 731; wegen Mecklenburg s. v. Amsberg, Verordn. z. Ausf. d. Reichsjustizges. S. 509 ff., 965, 966, 1067, 1069 ff., 1102 ff., Bunsen in Meckl. Zeitschr. I S. 277 ff., II S. 51 ff., 204 ff.; bayerische und andere Gesetze

§ 824. Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen. In dasselbe ist insbesondere aufzunehmen:

1. die Bezeichnung des Antragstellers;

---

s. bei Hellmann III S. 183, 184, Sarwey II S. 327 ff., Kleiner III S. 295 ff. Wegen Württemberg s. bes. Gaupp III S. 507 ff., 511, 512. Vgl. auch Mandry S. 178 Anm. 20.

6) Ueber die Gebühren in Aufgebotssachen s. GKG. § 44 (in der neueren Fassung), GO. f. RA. § 40.

§ 823.

1) Abs. 1: — „öffentliche" — im Gegensatz der an bestimmte Personen gerichteten (vgl. d. allg. Bem. unter 1.

— „gerichtliche" — vgl. d. allg. Bem. unter 3.

— „oder Rechten" — Neben den „Ansprüchen" sind hier auch die „Rechte" genannt, weil häufig auch solche Interessenten zum Hervortreten genöthigt werden, deren (noch nicht durch Verletzung zum „Anspruch" gewordene) Rechte der Antragsteller nur kennen lernen, nicht bekämpfen will. (Vgl. §§ 136, 137 Anm. 2, Gaupp III S. 510, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2.)

— „mit der Wirkung — zur Folge hat" — In der Regel ist vorausgesetzt, daß der Rechtsnachtheil (s. § 824 Abs. 2 Nr. 3) sich nur mit Hülfe eines Ausschlußurtheils verwirklicht. Vgl. §§ 829, 841; Preuß. AG. z. CPO. § 27 und d. allg. Bem. unter 4. Die Beschränkung des Aufgebotsverfahrens auf die durch Gesetz bestimmten Fälle ist aber eine absolute und trifft auch solche Fälle, in welchen die Landesgesetze das Aufgebotsverfahren des 9. Buchs ganz oder zum Theil ausschließen. (Vgl. Endemann III S. 398, Wilm. Levy Anm. 3, Gaupp a. a. O.) Der Rechtsnachtheil kann auch in einer bloßen Erschwerung der Rechtsverfolgung bestehen.

— „durch das Gesetz" — d. h. durch ein bestehendes oder künftiges Reichs- oder Landesgesetz. In der Regel sind dies Spezialgesetze von sehr verschiedenartigem Charakter. Vgl. d. allg. Bem. unter 2—4, EG. z. CPO. § 11. Zuweilen ist die Zulässigkeit eines Aufgebots jedoch in allgemeinerer Weise ausgesprochen (s. Hann. PO. § 498, Bad. PO. § 684 ꝛc.). Auch diese Bestimmungen bleiben bestehen.

Inwiefern ein landesherrlich bestätigtes Statut in der vorliegenden Beziehung einem Gesetze gleich steht, bestimmt sich nach Landesrecht (vgl. z. B. Förster (Eccius) I S. 362 Anm. 8). Bloße Verträge sind nicht genügend, die Zulässigkeit eines Aufgebotsverfahrens zu rechtfertigen. (Vgl. Nordd. Prot. S. 2241; Endemann III S. 398, 399, Sarwey II S. 325, Wilm. Levy Anm. 4 u. A. Abweichend Württ. PO. Art. 810.)

2) Abs. 2: — „das Gesetz" — Hierunter sind einerseits das GVG. § 23 Nr. 2, welches das Aufgebotsverfahren den Amtsgerichten überweist, andererseits, da die §§ 12 ff. der CPO. unanwendbar sind, diejenigen Spezialgesetze zu verstehen, welche die örtliche Zuständigkeit für das Aufgebotsverfahren regeln (s. Anm. 1). Vgl. Preuß. AG. z. CPO. §§ 22 Abs. 3, 26 Abs. 1, Hinterlegungsordn. § 59, Ges. v. 13. Juli 1883 § 135 Abs. 2 usw. Eine Spezialbestimmung enthält § 839. Wegen der Anfechtungsklage des § 834 s. das. Anm. 2.

Die Landesgesetzgebung kann auch nach § 3 Abs. 3 des EG. z. GVG. in Verbindung mit § 11 d. EG. z. CPO. in anderen als den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen das Aufgebotsverfahren an andere Gerichte, z. B. an die Landgerichte oder an die Oberlandesgerichte (s. z. B. Preuß. AG. z. GV. § 49), weisen. Vgl. auch Preuß. AG. z. CPO. § 26.

Die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte für die Amortisation von Urkunden bestimmt § 20 Abs. 1 des Preuß. AG. z. CPO.

2. die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebotstermine anzumelden;
3. die Bezeichnung der Rechtsnachtheile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt;
4. die Bestimmung eines Aufgebotstermins.

N. Entw. § 1127. Entw. I. § 740. Entw. II. § 756. Entw. III. § 796. Mot. S. 460, 461. Prot. S. 435.

---

§ 824.

1) Abs. 1: „Der Antrag" — Ohne einen solchen findet die Einleitung des Verfahrens nicht statt. So auch beim Aufgebot einer gefundenen Sache oder eines Schatzes nach § 23 Abs. 2 des Preuß. AG. z. CPO., dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger nach §§ 1 ff. des Preuß. Ges. v. 28. März 1879 usw. Vgl. § 838. Die Form ist dieselbe wie in ähnlichen Fällen (vgl. § 596 Anm. 1). Der Anwaltszwang ist ausgeschlossen (s. § 74 Abs. 2). Ob landesgesetzlich das Landgericht oder Oberlandesgericht zuständig ist (§ 823 Anm. 2), ändert hierin nichts, da der Antrag zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden kann (was Hellmann III S. 185 zu übersehen scheint).

Vorschriften wegen des Inhalts ertheilt die CPO. (abgesehen von § 840) nicht. Welche Personen zur Stellung des Antrags berechtigt sind, bestimmt das materielle Recht. Vgl. z. B. d. Preuß. Ges. v. 28. März 1879 §§ 1, 2, 4 und v. 13. Juli 1883 §§ 5, 133, 137, Hinterlegungsordn. §§ 62, 68 2c.

2) Abs. 2: Die Zulässigkeit des Antrags ist in allen Fällen sogleich vor Erlaß des Aufgebots, sei es nach mündlicher Verhandlung mit dem Antragsteller, zu welcher das Gericht den Termin ohne Präjudiz und Ladung (A. M. Daube a. a. O. S. 15) bestimmt, und worin jener, falls er erscheint, den Antrag und dessen Begründung zu ergänzen und zu verbessern Gelegenheit hat, oder ohne dieselbe, zu prüfen, ähnlich wie in den Fällen des § 187 (s. das. Anm. 2). Die Entscheidung erfolgt stets durch Beschluß, da die etwa eintretende mündliche Verhandlung wegen Mangels eines Gegners nur eine einseitige sein kann (vgl. auch Endemann III S. 401, Wilm. Levy Anm. 3, Seuffert Anm. 2, Daube a. a. O. S. 16 u. A.). Der Zulassungsbeschluß liegt in dem Erlaß des Aufgebots. Wegen der Zustellung s. § 294 Abs. 3 (vgl. Nordd. Prot. S. 2243). Wird der Antrag zurückgewiesen, so ist die Wiederholung desselben unter besserer Begründung zulässig, wenn der Antragsteller nicht die Beschwerde (§ 530) vorzieht. Die Mot. bemerken hierüber:

> „Die Einleitung hat vielfach materielle Wirkungen (vgl. WO. Art. 73); deshalb ist für solche Fälle ein Zulassungsbeschluß des Gerichts unentbehrlich (Nordd. Prot. S. 2242). Aber auch in allen sonstigen Fällen ist die Beschlußnahme des Gerichts über die Einleitung wünschenswerth (vgl. Hann. PO. § 500, Württ. PO. Art. 816, P. E. § 1291). Denn ein den Antrag auf Ausschluß von Ansprüchen oder Rechten zurückweisender Beschluß kann, da es sich nicht um die Entscheidung von Streitigkeiten, sondern nur um Prüfung der einseitigen Angaben des Antragstellers handelt, vor dem Aufgebote schon ebenso gut erlassen werden, als nach demselben; im Interesse des Antragstellers aber liegt es, einen solchen Beschluß vor dem Aufgebote zu erhalten. Ist die Zurückweisung nur eine bedingte, so daß die Gründe derselben durch Nachbringen mangelnder Begründung des Antrags beseitigt werden können, so ersetzt der Beschluß zur wesentlichen Erleichterung des Verfahrens einen später zu erlassenden Zwischenbescheid, so daß das Ausschlußurtheil sich unmittelbar an das Aufgebot anschließen kann."

Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 44 Nr. 1 (in der neueren Fassung), GO. f. RA. § 40.

3) Der Erlaß des Aufgebots erfolgt durch das Gericht (ohne Parteibetrieb), was, wie die Mot. bemerken, dem Grundsatze der §§ 187 ff. entspricht. Selbstverständlich bedient sich das Gericht zur Besorgung der öffentlichen Bekanntmachung auch hier der Hülfe des Gerichtsschreibers (vgl. N. E. § 1131), wenngleich nicht, wie in § 187, die Besorgung dem Gerichtsschreiber ausdrücklich übertragen ist.

4) Hinsichtlich des Inhalts des Aufgebots sind nur die wichtigsten Erfordernisse

§ 825. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger, außerdem aber, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, nach den im §. 187 für Ladungen gegebenen Vorschriften.

N. Entw. § 1129. Entw. I. § 741. Entw. II. § 757. Entw. III. § 770. Mot. S. 461, 462. Prot. S. 435.

(„welche niemals werden fehlen dürfen") beispielsweise („insbesondere") aufgezählt („ist aufzunehmen"), während im Uebrigen die Verhältnisse des einzelnen Falls bzw. das Interesse des Antragstellers sowie die etwaigen landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. § 105 Nr. 3, Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 135 Abs. 3, 137) — s. d. allg. Bem. unter 1 — maßgebend sind. Vgl. § 841.

Nr. 2: — „spätestens im Aufgebotstermine" — vgl. jedoch § 828.

Anmeldungen vor oder nach dem Aufgebotstermine sind schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers bei dem Gerichte (s. § 841) anzubringen (vgl. Prot. S. 436). Anmeldungen bei dem Antragsteller genügen selbstverständlich nicht. (So auch Sarwey II S. 330, Wilm.-Levy Anm. 6, Gaupp III S. 513 u. A. A. M. Puchelt II S. 702.) In der RTK. wurde die angeregte Frage, ob hinter „spätestens" die Worte „bei dem Gerichte" einzuschalten seien, der Redaktionskommission überlassen, welche die Einschaltung jedoch nicht für erforderlich erachtet hat.

Nr. 3: Diese Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatze (vgl. § 209 Anm. 1) entspricht der materiellen Bedeutung des Aufgebots, welche auch in dem Antrage zum Ausdruck kommen muß. Die Bestimmung des an die Versäumung geknüpften Rechtsnachtheils enthält gewissermaßen eine bedingte Verurtheilung. Die Mot. bemerken darüber:

„Die Androhung bestimmter Rechtsnachtheile (Nr. 3) hat hier eine andere Bedeutung als bei der Ladung im ordentlichen Prozeßverfahren (§ 209). Während sie bei dieser nur den Inhalt des Gesetzes wiederholen würde, enthält sie hier eine Begrenzung des Zulassungsbeschlusses und ist deshalb für das diesen Beschluß darstellende Aufgebot unerläßlich (Hann. PO. § 500, Württ. PO. Art. 816 rc.). Weicht der Beschluß in diesem Punkte von dem Antrage ab, so wird ohne Zustimmung des Antragstellers das Aufgebot nicht erlassen werden können, da das beschränktere Aufgebot etwas Anderes ist als das beantragte. Eben deshalb kann aber auch die Aufnahme des Antrags selbst in das Proklama (N. E. § 1128) entbehrt werden, weil sich der Inhalt desselben in der Androhung wiederfindet."

Vgl. z. B. Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben rc., v. 28. März 1879 (GS. S. 293), Hinterlegungsordn. § 62, Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 133 Abs. 1, 135 Abs. 6, 137 Abs. 3 rc.

Nr. 4: Daß in allen Fällen ein Aufgebotstermin (am Schlusse der Anmeldungsfrist — Nr. 2) anberaumt werden muß, weicht von manchen partikularrechtlichen Bestimmungen ab [vgl. z. B. Preuß. EG. z. WO. v. 15. Oktbr. 1850 § 2 (GS. S. 43)]. In demselben kann gleichzeitig über den Antrag auf Erlassung des Ausschlußurtheils verhandelt werden (§ 829).

Die Vorschrift gewährt, wie die Mot. bemerken, den doppelten Vortheil, daß das Urtheil sich der Regel nach an den Ablauf der Frist unmittelbar anschließt, also nicht erst eine nachträgliche Zulassung der nach Ablauf einer besonderen Aufgebotsfrist angemeldeten Ansprüche nöthig wird (N. E. §§ 1128, 1133), und daß der Termin sowohl im Falle eines erhobenen Widerspruchs wie ohne solchen Gelegenheit zur leichtesten Erledigung von Streitigkeiten oder sonstigen Anständen bietet.

Die Ladung des Antragstellers zum Aufgebotstermin wird durch die Zustellung (s. Anm. 2) ersetzt.

§ 825.

1) „Die öffentliche Bekanntmachung" — Ob außerdem eine besondere Mittheilung

§ 826. Auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt ist oder wenn im Falle wiederholter Bekanntmachung die vorgeschriebenen Zwischenfristen nicht eingehalten sind.

N. Entw. § 1138. Entw. I. § 748. Entw. II. § 758. Entw. III. § 771. Mot. S. 461, 462. Prot. S. 435, 436.

§ 827. Zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß, sofern das Gesetz nicht eine abweichende Anordnung enthält, ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

N. Entw. § 1130. Entw. I. § 742. Entw. II. § 759. Entw. III. § 772. Mot. S. 462. Prot. S. 436.

---

des Aufgebots an bekannte Interessenten stattzufinden hat, richtet sich ebenso wie der Einfluß des Aufgebots auf solche Interessenten nach den betreffenden Spezialgesetzen; vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. § 105 Nr. 1, 2, AG. z. CPO. §§ 20 Abs. 4 a. E., 24 Abs. 3, Ges. v. 28. März 1879 § 8 (GS. S. 293), Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 5 Abs. 2, 135 Abs. 4, 137 Abs. 3, Hann. PO. § 500 rc.

2) — „durch Anheftung an die Gerichtstafel“ — und zwar der Ausfertigung, nicht, wie nach § 187 Abs. 2, einer beglaubigten Abschrift. Vgl. Preuß. AG. z. CPO. § 26 Abs. 2.

— „durch Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger“ — des vollständigen Aufgebots, nicht blos eines Auszugs oder des „wesentlichen Inhalts“ wie in den Fällen der §§ 187 Abs. 2, 833. (Ebenso Puchelt II S. 704, Sarwey II S. 331, Gaupp III S. 515 u. A.)

Die vorstehend bezeichneten Erfordernisse sind unbedingt in allen Fällen zu erfüllen. Außerdem aber sind diejenigen Formen zu beobachten, welche die Spezialgesetze („das Gesetz“) vorschreiben; vgl. z. B. Ges. v. 12. Mai 1873 § 5 (RGBl. S. 91), Reichsbankstatut § 8, Preuß. EG. z. WO. § 2, AG. z. CPO. § 20 Abs. 3; (im Uebrigen hebt § 24 Abs. 2 das. die Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung der Aufgebote auf). Nur soweit die Spezialgesetze nichts Abweichendes verordnen („sofern — getroffen hat“), kommt § 187 zur Anwendung; insbesondere ist also, wie nach § 187 Abs. 2, noch die zweimalige Einrückung eines Auszugs in das für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmte Blatt erforderlich. Abweichende Bestimmungen enthält § 842.

§ 826.

1) — „das anzuheftende — entfernt“ — vgl. § 189 Abs. 3.

2) — „oder wenn — eingehalten sind“ — Die Erleichterung gilt nur von den in den Spezialgesetzen vorgeschriebenen Zwischenfristen, nicht von der Hauptfrist des § 827, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. bestätigte, und ebensowenig von den Fristen der §§ 843—847. (Vgl. Endemann III S. 406, Gaupp III S. 516 u. A. A. M. Hellmann III S. 186.) Die Vorschrift des § 826 ist kategorisch und gestattet dem richterlichen Ermessen keinen Spielraum. Ein entgegengesetzter Antrag ist in der RTK. abgelehnt.

§ 827.

1) Wie § 825, so bildet auch § 827 eine Ergänzung des geltenden Rechts in Betreff der Aufgebotsfrist behufs Sicherung einer gleichmäßigen Behandlung. Die hier gebotene Frist fällt nicht unter die §§ 198 ff., mithin auch nicht unter § 201 Abs. 1. Aufgebotssachen sind keine Feriensachen (vgl. GVG. § 202). Die Minimalfrist von sechs Wochen kommt nicht zur Anwendung, wenn die Spezialgesetze eine andere, sei es längere oder kürzere, Frist bestimmen [z. B. in dem Ges. vom 12. Mai 1873 § 3 (RGBl. S. 91): 12 Monate] oder die Festsetzung der Frist ausdrücklich dem Ermessen des Gerichts überlassen.

§ 828. Eine Anmeldung, welche nach dem Schlusse des Aufgebotstermins, jedoch vor Erlassung des Ausschlußurtheils erfolgt, ist als eine rechtzeitige anzusehen.

N. Entw. § 1133. Entw. I. § 743. Entw. II. § 760. Entw. III. § 773. Mot. S. 462. Prot. S. 436.

§ 829. Das Ausschlußurtheil ist in öffentlicher Sitzung auf Antrag zu erlassen.

Vor Erlassung des Urtheils kann eine nähere Ermittelung, insbesondere die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers angeordnet werden.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurtheils zurückgewiesen wird, sowie gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurtheile beigefügt sind, findet sofortige Beschwerde statt.

N. Entw. §§ 1132, 1134. Entw. I. § 744. Entw. II. § 761. Entw. III. § 774. Mot. S. 462, 463. Prot. S. 436.

---

2) Das Preuß. AG. z. CPO. § 24 hebt die bestehenden Vorschriften über die Aufgebotsfristen auf mit alleiniger Ausnahme derjenigen beim Aufgebot eines Verschollenen oder eines erblosen Nachlasses (vgl. AGO. I 37 § 6 Nr. 2, ALR. I 9 § 480). Anders die Fristen in § 20 Abs. 4 a. E. (vgl. CPO. §§ 846, 847). Beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger beträgt die Aufgebotsfrist nach § 7 des Ges. v. 28. März 1879 (GS. S. 293) nicht mehr als 6 Monate. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 257 ff., 261 ff., 279, Daube a. a. O. S. 18—20.)

§ 828.

1) Wegen Form und Zeit der Anmeldung vgl. § 824 Anm. 4. Wenn ausnahmsweise (vgl. § 281) das Ausschlußurtheil nicht sogleich im Aufgebotstermine erlassen wird, z. B. weil zunächst noch die gehörige Bekanntmachung näher festzustellen ist, oder weil aus anderen Gründen ein neuer Termin bestimmt wird (vgl. §§ 829 Abs. 2, 831, 832, 834), so läßt die CPO. auch solche Anmeldungen zu, welche nach dem Schlusse des Aufgebotstermins, jedoch vor Erlassung des Urtheils erfolgen. Vgl. § 209 Anm. 2. Die Mot. bemerken darüber:

„Das Urtheil richtet sich wesentlich gegen Ausbleibende. Wann die angedrohten Folgen des Ausbleibens eintreten, bestimmt sich daher nach den generellen Grundsätzen über die Versäumung im ordentlichen Verfahren (§ 209), und diesen entspricht es, jede Anmeldung, welche vor Erlaß des Ausschlußurtheils erfolgt, als rechtzeitig anzusehen, weil bis dahin die Verhandlung über den Antrag auf Erlaß desselben nicht als geschlossen gelten kann. Abgesehen hiervon ist die Vorschrift des § 828 auch durch die Billigkeit geboten, sobald gegen das Ausschlußurtheil weder Einspruch noch Rechtsmittel gegeben werden (§ 834). (Hann. PO. § 502, P. E. § 1297, N. E. § 1133.)"

Auch nach § 16 Abs. 1 des Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102) ist in dem mit der Zwangsvollstreckung verbundenen Aufgebotsverfahren eine vor Erlaß des Ausschlußurtheils erfolgende Anmeldung als rechtzeitig anzusehen. Nach §§ 135 Abs. 5, 137 d. Ges. v. 13. Juli 1883 gelten die zu den Vollstreckungsakten erfolgten Anmeldungen auch für das Aufgebotsverfahren.

2) Für die Anmeldung gilt auch vor den Kollegialgerichten (s. § 823 Anm. 2) kein Anwaltszwang (vgl. § 824 Anm. 1).

§ 829.

1) Abs. 1: In dem Aufgebotstermine wird nach allgemeinen Grundsätzen mündlich verhandelt. Der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche erfolgt durch Urtheil, nicht, wie nach manchen Partikularrechten, durch bloße Verfügung. Besonders vorgeschrieben ist, daß die Erlassung in öffentlicher Sitzung (anders bisher nach preuß. Recht) und auf Antrag stattfinden soll (anders z. B. Preuß. ALR. I 9 § 43 — s. CPO. § 824 Anm. 1), welcher im Termine zu stellen ist. (Für denselben besteht, soweit das Amtsgericht zuständig ist, kein Anwaltszwang.) Beides entspricht den allgemeinen Grundsätzen (vgl. GVG. §§ 170, 174, CPO. § 269; s. auch Preuß. EG. z. WO. v. 15. Febr. 1850 § 2, Hann. PO. § 502). Vgl. §§ 831, 833, 834.

„Für eine reine Offizialthätigkeit des Gerichts ist auch hier kein zwingender Grund vorhanden" (Mot.).

Indessen hat das Gericht von Amtswegen seine Zuständigkeit sowie die materiellen und formellen Voraussetzungen des Ausschlußurtheils zu prüfen (vgl. Daude a. a. O. S. 27, Seuffert Anm. 2).

Hinsichtlich der Gebühren s. GKG. § 44 (in der neueren Fassung); GO. f. RA. § 40.

2) Abs. 2: Die Bestimmung betrifft solche Fälle, in welchen, sei es nach den Vorschriften der CPO. oder nach denen der Spezialgesetze, irgend eine materielle oder formelle Voraussetzung des Abschlusses noch näher festzustellen ist. Ob sogleich ein neuer Termin bestimmt und verkündet werden kann (s. § 281, 832 Anm. 1), hängt von der Sachlage ab. Ist es unterblieben, so ist der Antragsteller zu dem neuen Termin von Amtswegen zu laden (vgl. Gaupp III S. 518). Die Mot. bemerken:

> „Zur Vorbereitung für die zu erlassende Entscheidung sind Zwischenbescheide auf Beweis resp. neue Ermittelungen nicht ausgeschlossen. Sie können sowohl die Formalien des Verfahrens als die materiellen Voraussetzungen desselben betreffen. Doch fällt die Frage, welche Beweise für diese letzteren zu erfordern sind, ebenso wie die Bestimmung der Voraussetzungen selbst den Spezialgesetzen anheim. Mit Rücksicht auf die dem Entwurf zu Grunde liegende Beweistheorie konnte es sich nicht empfehlen, für alle Fälle eidliche Versicherungen des Antragstellers vorzuschreiben oder für genügend zu erklären; es reichte aus, die Befugniß, eidliche Bekräftigung einer jeden Behauptung des Antragstellers zu fordern, dem Gerichte zu wahren (vgl. P. E. § 1295 u. Mot. S. 305, Nordd. Prot. S. 2243, 2244)."

Die Zulassung der eidlichen Versicherung der Wahrheit (vgl. auch § 840 Nr. 3) ist (wie in § 266 Abs. 1) fakultativ („kann"), sofern nicht die Spezialgesetze einen Eid des Antragstellers unbedingt erfordern (vgl. z. B. Preuß. AGO. I 37 § 10 Nr. 3, I 51 § 114, Anh. § 387 zu § 116 das., Grundbuchordn. §§ 110, 111 ꝛc.); zuweilen hat auch eine dritte Person (als Auskunftsperson) zu schwören (vgl. AGO. I 51 § 118; s. auch Endemann III S. 409 Anm. 2). In Preußen sind jedoch alle solche Vorschriften durch d. AG. z. CPO. § 25 beseitigt, wonach die Ableistung eines Eides in Aufgebotssachen lediglich nach § 829 Abs. 2 der CPO. stattfindet. (Vgl. Kurlbaum, Preuß. Subh. Ordn. v. 1869 S. 85, 86.)

3) Abs. 3: Die Zurückweisung des in Abs. 1 bezeichneten Antrags erfolgt durch Beschluß. Daß gegen diesen die sofortige Beschwerde binnen einer mit der Verkündung der Entscheidung beginnenden Nothfrist von 2 Wochen (§ 540 Abs. 2) zulässig ist, stimmt mit § 301 überein. Wird die Nothfrist versäumt, so sind damit die materiellen Wirkungen der Einleitung des Aufgebotsverfahrens definitiv beseitigt.

Die sofortige Beschwerde soll aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Ausschluß nicht unbedingt nach dem Antrage, sondern nur in eingeschränkter Weise („gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurtheile beigefügt sind") erfolgt.

> „Sie findet auch dann Anwendung, wenn gegen den Antrag einzelne Ansprüche vorbehalten oder sonstige Beschränkungen der Präklusion beigefügt werden, da solche häufig die ganze Wirkung der letzteren für den Antragsteller illusorisch zu machen geeignet, also einer partiellen Zurückweisung des Antrags gleichzustellen sind. Auch zur Beseitigung der dem Ausschlußurtheil zu Gunsten Dritter beigefügten Vorbehalte von Rechten ꝛc., empfiehlt sich die Beschwerde als die praktisch geeignetste Abhülfe, indem die Verweisung des Extrahenten auf den Weg des selbständigen Prozesses gegen den Dritten (wie bisher in Preußen) zwar theoretisch richtiger, in vielen Fällen jedoch nur unter künstlicher Schaffung von Prozeßgegnern, Kuratoren usw. durchführbar ist". (Mot.)

Vgl. ROHG. 14 S. 175.

Daß Ansprüche und Rechte, welche im Aufgebotsverfahren angemeldet werden, im Ausschlußurtheil berücksichtigt werden müssen, ergiebt § 830 in Verbindung mit § 834 Nr. 5, welcher letztere zugleich den einzigen Weg bezeichnet, auf dem der Dritte, wenn die Berücksichtigung nicht erfolgt, Abhülfe zu suchen hat (anders nach preuß. Recht; vgl. Preuß. AGO. I 51

§ 830. Erfolgt eine Anmeldung, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, so ist nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurtheile das angemeldete Recht vorzubehalten.

N. Entw. § 1136. Entw. I. § 746. Entw. II. § 762. Entw. III. § 775. Mot. S. 463, 464. Prot. S. 436.

---

§ 102 und Koch, Prozeßordn. S. 1317 Anm. 30b). Ob der Anmeldende im Termin erscheint, ist unerheblich (vgl. Gaupp III S. 519).

Ob auch solche Prätendenten, welche dem Antragsteller bereits vor dem Aufgebotsverfahren bekannt waren, mögen dieselben von ihm angezeigt worden sein oder nicht, sich im Aufgebotsverfahren zu melden haben, und ob sie im Falle der Anzeige im Ausschlußurtheile zu berücksichtigen sind, bestimmt sich nach Landesrecht (vgl. § 825 Anm. 1; unbestimmt Endemann III S. 412; s. noch Preuß. AGO. a. a. O., Bahlmann, Grundbuchrecht 3. Aufl. S. 462, Dernburg I S. 449, Hann. PO. § 500). Hinsichtlich des Aufgebots von Fundsachen s. Preuß. AG. z. CPO. § 23 Abs. 5, 6.

§ 830.

1) Der § 830 behandelt nur eine einzelne Gattung von Anmeldungen, nämlich solche, durch welche das Fundamentalrecht des Antragstellers bestritten wird. Ueber andere Arten von Anmeldungen äußern die Mot.:

„Die Ansprüche, zu deren Anmeldung das Aufgebot auffordert, können der Art sein, daß sie weder die Befugniß des Antragstellers, das Aufgebot zu beantragen, noch das von ihm behauptete Recht, welches durch das Aufgebot gegen Angriffe geschützt werden soll, in Frage stellen; solche Anmeldungen haben nur zur Folge, daß die Ansprüche von dem im Uebrigen auszusprechenden Eintritt der mit Recht angedrohten Rechtsnachtheile auszunehmen sind, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, wenn Rechte angemeldet werden, die nicht soweit reichen, als das von dem Antragsteller verfolgte Recht (z. B. bei dem Aufgebot eines Grundstücks werden jura in re aliena angemeldet). In anderen Fällen wird die Anmeldung genügen, um das ganze Verfahren als erledigt anzusehen (z. B. wenn der Verschollene, dessen Todeserklärung beantragt ist, sich meldet oder die zu amortisirende Urkunde vorgelegt wird).

Die Anmeldungen können auch einen Widerspruch gegen das Verfahren auf Grund solcher Umstände enthalten, welche schon bei Erlaß des Aufgebots zu berücksichtigen gewesen wären; stellt sich darnach der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils schon äußerlich, und ohne daß es der Entscheidung eines Streites bedarf, als unbegründet dar, so ist derselbe unbedenklich durch Beschluß zurückzuweisen, da es sich nicht blos um den Widerspruch des Anmeldenden, sondern auch um die Zulässigkeit des Ausschlußurtheils gegen alle übrigen Betheiligten handelt."

[Vgl. Preuß. AGO. I 37 § 12, Verordn. v. 16. Juni 1819 § 10 (GS. S. 157), EG. z. WO. v. 15. Februar 1850 § 2 ꝛc.]

Zwischen den vorstehend in den Mot. bezeichneten Fällen liegt der Fall des § 830 in der Mitte. So z. B. wenn bei einem Aufgebot unbekannter Erben ein angeblich näherer Erbe, beim Aufgebot der Realprätendenten ein Anderer als angeblicher Eigenthümer, beim Aufgebot von Urkunden ein angeblich besser Berechtigter auftritt ꝛc., also die Legitimation des Antragstellers bestreitet. Hier kommen neue, bei der Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht zur Sprache kommende Umstände bzw. Ansprüche in Betracht, worüber der Aufgebotsrichter nicht entscheiden kann. Vgl. § 841 Anm. 2.

„Für diesen Streit ist die Entscheidung nicht in dem Aufgebotsverfahren zu suchen, welches keine andere Bestimmung hat, als die Feststellung der gesetzlichen Rechtsnachtheile gegen alle diejenigen, welche sich nicht melden. Ob aber das angemeldete Recht unter Erlaß eines Ausschlußurtheils gegen alle übrigen Betheiligten vorzubehalten oder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht in einem besonderen, von einem der beiden Theile einzuleitenden Verfahren auszusetzen sei, das muß nach Lage des Falles bestimmt werden; weitere allgemeine Regeln sind darüber nicht aufzustellen (vgl. Braunschw. PO. § 280, P. E. § 1296 u. Mot. S. 305, N. E. § 1136, Nordd. Prot. S. 2245, 2246)." (Mot.)

§ 831. Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen. Der Antrag ist nur binnen einer vom Tage des Aufgebotstermins laufenden Frist von sechs Monaten zulässig.

N. Entw. § 1135. Entw. I. § 745. Entw. II. § 763. Entw. III. § 776. Mot. S. 462, 463. Prot. S. 436.

§ 832. Wird zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens ein neuer Termin bestimmt, so ist eine öffentliche Bekanntmachung des Termins nicht erforderlich.

N. Entw. § 1137. Entw. I. § 747. Entw. II. § 764. Entw. III. § 777. Mot. S. 462, 463. Prot. S. 436, 437.

Von der Sistirungsbefugniß (vgl. § 229 Anm. 1, 2) wird das Gericht hauptsächlich dann Gebrauch machen, wenn durch die Anmeldung die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens in Frage gestellt wird, z. B. wenn bei dem Aufgebot der unbekannten Realprätendenten (Preuß. Grundbuchordn. § 135) der Eigenthumsbesitz des Antragstellers bestritten wird.

Für den in diesem Falle wie in dem eines Vorbehalts einzuleitenden besonderen Prozeß gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln (anders N. E. § 1141). Wegen der Wiederaufnahme eines ausgesetzten Verfahrens s. § 227; wegen der Rechtsmittel s. § 229.

2) Selbstverständlich können formell unzulässige Anmeldungen von Rechten, welche an sich unter das Aufgebot fallen, ausdrücklich verworfen werden. Dagegen wird auf materielle Mängel des Anspruchs bzw. der Anmeldung eine Verwerfung nicht gegründet werden können. (Zustimmend Gaupp III S. 521. A. M. Endemann III S. 413.)

§ 831.

1) Beim Ausbleiben des Antragstellers kann in Ermangelung eines (mündlichen) Antrags das Ausschlußurtheil nicht erlassen werden (vgl. § 829 Abs. 1). Das bis zum Termine vorgerückte Verfahren soll jedoch nicht sogleich bedeutungslos werden. Der Antragsteller kann vielmehr einen neuen Termin verlangen, jedoch nur binnen sechs Monaten, „damit nicht das Ausschlußurtheil unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen erlassen wird." Nach Ablauf dieser (gesetzlichen — s. § 202 Abs. 2) Frist kann nur die vollständige Wiederholung des Aufgebotsverfahrens beantragt werden.

Dasselbe gilt auch dann, wenn der Antragsteller im Aufgebotstermine, aber nicht in dem zufolge § 829 anberaumten neuen Termine erschienen ist.

Eine Wiederholung des Antrags, wenn der Antragsteller auch in dem nach § 831 bestimmten neuen Termin ausbleibt, ist nicht statthaft. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Gaupp III S. 522, Petersen §§ 829—833 III. A. M.: Endemann III S. 414, Sarwey II S. 335.)

2) Ist der Antrag nicht binnen zwei Wochen vom Terminstage ab gestellt oder erscheint der Antragsteller auch in dem neuen Termine nicht, so kann nach § 13 des Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben usw., v. 28. März 1879 (GS. S. 293) der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht mehr widersprochen werden.

§ 832.

1) „Wird — bestimmt" — sei es auf Grund des § 831 oder aus einem anderen Grunde, z. B. weil noch etwas an dem Nachweise der Formalien des Aufgebots fehlt (vgl. § 828 Anm. 1). Ein Antrag, die Bestimmung im Falle des § 831 auszuschließen, ist von der RTK. abgelehnt.

2) Sind andere Betheiligte in dem ersten Termine erschienen, oder haben solche sich schriftlich gemeldet, so sind diese von dem Antragsteller zu dem neuen Termine zu laden. (Vgl. auch Prot. S. 436, 437, Hellmann, Lehrb. S. 919, v. Bülow Anm. 2, Seuffert Anm. 2, welcher jedoch nur „bekanntgeben", nicht „laden" will. A. M.: Sarwey II S. 335, welcher in der Regel eine Ladung derselben nicht für erforderlich hält, Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann III S. 191, Endemann III S. 416, Petersen a. a. O., Daude a. a. O. S. 31, welche von Amtswegen laden wollen; Gaupp III S. 523 will nur die Erschienenen, und zwar von Amtswegen, laden; Kleiner III S. 313 will die Ladung von der Art der Anmeldung abhängen

§ 833. Das Gericht kann die öffentliche Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurtheils durch einmalige Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger anordnen.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 765. Entw. III. § 778. Mot. S. 469. Prot. S. 437.

§ 834. Gegen das Ausschlußurtheil findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Das Ausschlußurtheil kann bei dem Landgerichte, in dessen Bezirke das Aufgebotsgericht seinen Sitz hat, mittels einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage angefochten werden:

1. wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt;
2. wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben ist;
3. wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist;
4. wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war;

---

lassen.) Die Parteiladung entspricht den allgemeinen Grundsätzen (§ 191). Wegen der Ladung des Antragstellers s. § 829 Anm. 2. Nur die öffentliche Bekanntmachung (§ 825) ist entbehrlich.

§ 833.

1) Das Ausschlußurtheil wird, wie gewöhnlich, im Aufgebotstermine oder in dem neuen Termine (§§ 831, 832) oder einem besonderen Verkündungstermine (§ 281) verkündet. Eine Zustellung ist nicht erforderlich (vgl. § 283, Kurlbaum a. a. O. S. 88, Seuffert Anm.). Indessen ist hier aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gerichte die Befugniß (anders § 848 Abs. 2, welcher auch für das Aufgebot im Immobiliarversteigerungsverfahren nach preuß. Recht maßgebend ist, vgl. Daube a. a. O. S. 184, 187, Krech u. Fischer, Zwangsvollstreckungsges. v. 13. Juli 1883 S. 588. A. M.: Jäckel, Zwangsvollstreckungsordn. in Immob. 2. Aufl. S. 461, Kurlbaum a. a. O. S. 24 u. A.) ertheilt, einen Auszug durch Einrückung in den Reichsanzeiger (s. § 187 Anm. 5) zur öffentlichen Kenntniß zu bringen (vgl. § 825 Anm. 2). Der Auszug hat den wesentlichen Inhalt des Urtheils zu umfassen; weitere Bestimmungen sind nicht gegeben (anders § 188).

„Die Umstände müssen entscheiden, ob mehr als der Tenor oder weniger bekannt zu machen ist, auch ob die Veröffentlichung vielleicht periodisch unter Anwendung der Tabellenform geschehen kann." (Mot.)

2) Hinsichtlich der Gebühren für die Entscheidung s. GKG. § 44 Nr. 3 (in der neueren Fassung), GO. f. RA. § 40. Vgl. auch § 848 Anm. 1.

§ 834.

1) Abs. 1: Nicht blos die Rechtsmittel (s. d. allg. Bem. z. Buch 3 unter 1) sind ausgeschlossen, sondern, da das Ausschlußurtheil kein eigentliches Versäumnißurtheil ist, auch der Einspruch; das Ausschlußurtheil wird sogleich mit der Verkündung rechtskräftig.

„Aus der Eigenschaft der Präklusoria als eines auf Versäumniß ergehenden Urtheils folgt nichts für die Zulässigkeit des Einspruchs; denn neben dieser seiner Bedeutung hat das Ausschlußurtheil den positiven Charakter einer wirklichen, nach stattgefundener Verhandlung ergehenden Entscheidung, durch welche Rechte aufgehoben und neue begründet werden. Dies zeigt sich namentlich bei der Amortisation von Urkunden mit der Wirkung, daß an Stelle derselben neue Urkunden auszufertigen sind (Nordd. Prot. S. 2245). In Wirklichkeit wäre die Zulassung des Einspruchs (Preuß. AGO. I 51 § 106, Hann. PO. § 502) auch nichts weiter als eine Verlängerung der Aufgebotsfrist." (Mot.)

Ebenso ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen (RG. in Seuffert, Arch. 42 Nr. 83). Die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage sind nicht ausdrücklich ausgeschlossen, werden aber, soweit sie nach der Natur des Aufgebotsverfahrens überhaupt

5. wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urtheile berücksichtigt ist;
6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet.

N. Entw. §§ 1139, 1141. Entw. I. § 749. Entw. II. § 766. Entw. III. § 769. Mot. S. 464, 465. Prot. S. 437–439. 164. Sitzg. S. 1, 10.

---

anwendbar sind, durch die Anfechtungsklage (Abs. 2) ersetzt; vgl. Nr. 6. (So auch Daude a. a. O. S. 33 Anm. 71, Gaupp III S. 524, Petersen §§ 834, 835 I 2 u. A.)

Den Inhalt des Ausschlußurtheils, welcher in Rechtskraft übergeht, bilden die verhängten Rechtsnachtheile (s. § 824 Abs. 2 Nr. 3). Subjektiv wirkt die Rechtskraft gegen Alle, an welche die Aufforderung (das. Nr. 2) gerichtet ist, und ist z. B. bei einem Aufgebot zur Feststellung einer Passivmasse nicht auf privatrechtliche Forderungen beschränkt (RG. a. a. O.).

2) Abs. 2: — „bei dem Landgerichte — Sitz hat" — Dieses Gericht ist an Stelle des Aufgebotsgerichts auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. für zuständig erklärt. Die einschlagenden Fragen können also im Wege der Revision zur Prüfung des Reichsgerichts gelangen. Auf den Werth des Streitgegenstandes kommt es bei dieser Zuständigkeit des Landgerichts nicht an (vgl. auch §§ 568, 606, 620, 624, 626, GVG. § 70). Anders in den Fällen der §§ 765, 871. Die Prorogation an ein Amtsgericht ist nicht, wie sonst im Aufgebotsverfahren (GVG. § 23 Nr. 2 a. E. — wo es an einem bestimmten Gegner fehlt) ausgeschlossen (s. § 12 Anm. 1, §§ 38—40, Puchelt II S. 713, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 525, Petersen §§ 834, 835 II 5. A. M.: Endemann III S. 419, v. Bülow Anm. 2).

3) Ueber den Umfang der Anfechtungsklage im Allgemeinen bemerken die Mot.:

„Aber auch diese" (die Klage im Gegensatz zu den Rechtsmitteln und dem Einspruch) „kann nur in beschränktem Maße zugelassen werden, wenn nicht der Werth des für gewisse Verhältnisse unentbehrlichen Präklusionsverfahrens in bedenklicher Weise vermindert werden soll. Denn das Aufgebotsverfahren will unklare schwierige Verhältnisse lösen durch Erreichung eines formalen Resultats, zu welchem Ende die dem Aufgebotsrichter nachgewiesene Wahrscheinlichkeit mit fruchtlosem Ablauf der Anmeldungsfrist zur Gewißheit erhoben wird. Demnach ist von vornherein durch die Idee des Aufgebots jede Nachprüfung des bereits dem Aufgebotsrichter vorgelegenen Materials und seiner Erwägungen (sowohl in Betreff des von dem Extrahenten Behaupteten als in probatorio) ausgeschlossen. Auf den Irrthum des Aufgebotsrichters kann die Anfechtung nicht gegründet werden, auch dann nicht, wenn sich ein von ihm als wahrscheinlich bzw. gewiß angenommener Umstand (z. B. die Vernichtung eines Papiers) ex post als nicht vorhanden ausweist, und zwar auf Grund eines außerhalb der Erwägungen des Aufgebotsrichters gelegenen Faktums (z. B. daß sich die Amortisationsurkunde hinterher im Besitze des Extrahenten wiederfindet). In solchen Fällen trägt das Ausschlußurtheil in sich keine Nullität; es muß ebenso, wie die auf Grund desselben neu gefertigte Urkunde aufrecht erhalten und der Geschädigte auf den Weg der Schadens- resp. Bereicherungsklage verwiesen bleiben. Die Zulassung der Anfechtungsklage ist daher auf die im § 834 Abs. 2 aufgeführten Fälle beschränkt (vgl. P. E. § 1300 u. Mot. S. 306, N. E. § 1139)."

(Vgl. Brinkmann, D. Begründung der Klagen II S. 594 ff.)

4) Nr. 1: Eine Art Nichtigkeit wegen Verletzung des materiellen Rechts (vgl. § 823 Abs. 1 und die allg. Bem. z. 9. Buch unter 1; s. auch § 867 Nr. 1). Vorausgesetzt ist, daß der Richter sich rechtlich in den Erfordernissen des Aufgebots geirrt hat, d. h. daß es an einem die Zulässigkeit des Verfahrens begründenden Gesetze mangelt. Nicht hierher gehört dagegen, wie auch die Mot. hervorheben, ein Fehler in der Würdigung der das Verfahren begründenden Thatsachen. Ob die unrichtige Würdigung auf Verletzung des Gesetzes beruht (vgl. § 516 Nr. 3), ist hierbei nicht von Erheblichkeit. Vgl. Nordd. Prot. S. 2247. Zu einer besonderen Erörterung in der RTK. gab der Fall Veranlassung, wenn ein unrichtiger Rechtsnachtheil angewendet ist. Ist derselbe schon in dem Aufgebote bezeichnet, so ist die Anfechtung nach Nr. 1 begründet. Ist der Rechtsnachtheil zwar im Aufgebote richtig bezeichnet, das Ausschlußurtheil enthält aber eine unrichtige Beschränkung zum Nachtheil des Antragstellers, so steht diesem, wie der Abg. Becker widerspruchslos bemerkte, die Beschwerde zu (vgl. §§ 824

§ 835. Die Anfechtungsklage ist binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntniß von dem Ausschlußurtheile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der im §. 834 Nr. 4, 6 bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntniß des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist.

Anm. 2, 829 Anm. 3). Enthält das Ausschlußurtheil dagegen eine ungerechtfertigte Ausdehnung des Präjudizes gegen Dritte, so herrschte in der RTK., wie der Vorsitzende konstatirte, kein Zweifel darüber, daß das Ausschlußurtheil gegen den nicht geladenen Dritten nicht wirken solle, während die Entscheidung der Frage, ob es der Beseitigung desselben im Wege der Anfechtungsklage binnen zehn Jahren bedürfe, der Praxis überlassen wurde. Die Ansicht des Vertreters der Reichsregierung, daß der Fall unter Nr. 1 gehöre (so auch Hellmann III S. 194), dürfte zwar nicht zu begründen sein; dagegen wird Nr. 2 anwendbar sein. Die Fälle können indessen sehr verschieden liegen und eine Anfechtungsklage zuweilen überhaupt entbehrlich erscheinen lassen. (So auch Seuffert Anm. 3, Gaupp III S. 525, 526, Wilm. Levy Anm. 5, Puchelt II S. 714. A. M.: v. Bülow Anm. 3; Petersen §§ 834, 835 II 2, Hellmann, Lehrb. S. 920; vgl. auch Sarwey II S. 338, 339, Endemann III S. 419, Daube a. a. O. S. 36, welche jedoch im Einzelnen vielfach von einander abweichen.)

Ueber einen Fall der Uebergehung s. Nr. 5.

5) Nr. 2 u. 3 betreffen Verstöße bei der Prozedur.

Nr. 2: — „öffentliche Bekanntmachung" — vgl. §§ 825, 826.

— „eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung" — sei es an bekannte Interessenten (vgl. § 825 Anm. 1) oder öffentlich (vgl. das. Anm. 2).

Nr. 3: Es ist unerheblich, ob die Vorschrift in der CPO. oder in den Spezialgesetzen enthalten ist (vgl. § 827). Auch geringe Verstöße in dieser Beziehung werden, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben, nicht entschuldigt. Hierher gehört auch eine Verletzung der §§ 843—845 (vgl. d. allg. Bem. zu diesen §§ unter 1), nicht aber der etwa vorgeschriebenen Zwischenfristen (vgl. § 826 Anm. 2). Vgl. noch Nordd. Prot. S. 2247, 2248.

6) Nr. 4 u. 6 „entsprechen durchgehend den Gründen für die Wiederaufnahme des Verfahrens, soweit dieselben hier überhaupt anwendbar sind (vgl. §§ 542 Nr. 1, 543 Nr. 1—5)". (Mot.)

Nr. 4: Dieser Fall entspricht nicht der Nr. 1, sondern der Nr. 2 des § 542 (u. des § 513). Ein Antrag, auch hier hinzuzufügen:

„wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war",

ist von der RTK. abgelehnt.

Nr. 5: vgl. §§ 828, 829 Anm. 3, 830. Die Nr. 5 enthält den einzigen Fall, in welchem eine Uebergehung als Anfechtungsgrund gilt (vgl. §§ 516 Anm. 8, 524 Anm. 2).

— „dem Gesetze gemäß — berücksichtigt" — nämlich durch entsprechenden Vorbehalt. Welche Ansprüche und Rechte bzw. unter welchen Voraussetzungen sie im Falle der gehörigen, namentlich rechtzeitigen Anmeldung zu berücksichtigen sind, bestimmen die Spezialgesetze.

Nr. 6: Dies sind die Fälle des § 543 Nr. 1—5. Vgl. § 543 Anm. 1 und § 867 Nr. 6. Wegen der besonderen Nothfrist s. § 835 Abs. 1.

7) Nach § 16 Abs. 2 des Preuß. Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102) erfolgt die Anfechtung des Ausschlußurtheils, welches in dem mit einer solchen Zwangsvollstreckung verbundenen Aufgebotsverfahren erlassen ist, nur nach den Vorschriften der §§ 834, 835 der CPO. (Vgl. Kurlbaum a. a. O. S. 50, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 299.)

8) Hinsichtlich der Gebühren bildet das Anfechtungsverfahren einen besonderen Rechtsstreit.

Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

R. Entw. § 1140. Entw. I. § 750. Entw. II. § 767. Entw. III. § 780. Mot. S. 464–466. Prot. S. 439.

§ 836. Das Gericht kann die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen, auch wenn die Voraussetzungen des §. 138 nicht vorliegen.

R. Entw. § 1143. Entw. I. — Entw. II. § 768. Entw. III. § 781. Mot. S. 466. Prot. S. 439.

§ 837. Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artikeln 301, 302 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Urkunden gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Bestimmungen finden in Betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, insoweit Anwendung, als in dem Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind.

R. Entw. § 1144. Entw. I. § 751. Entw. II. § 769. Entw. III. § 782. Mot. S. 466, 467. Prot. S. 439.

---

§ 835.

1) Die Nothfrist stimmt mit § 549 Abs. 1 überein. Die Einhaltung derselben ist, obwohl es nicht (wie in §§ 306, 497, 529, 537) ausdrücklich bestimmt ist, doch wegen ihrer Natur als Nothfrist von Amtswegen zu prüfen (Gaupp I S. 541, III S. 527, Petersen §§ 834, 835 II 5, Wilm. Levy Anm. 2, Seuffert Anm. 2 u. A. A. M. Sarwey II S. 340). Vgl. auch § 870.

Wegen des verschiedenen Anfangstermins bemerken die Mot.:

> „Der unbestimmte Anfangstermin der Frist kann in den Fällen Nr. 4, 6 wie bei der Wiederaufnahmeklage erst auf den Zeitpunkt der erlangten Kenntniß von dem Anfechtungsgrunde und in allen Fällen nur auf den der Kenntniß von dem Urtheile festgesetzt werden. Letzteres genügt in den Fällen Nr. 1, 2, 3, 5, weil, nachdem das Urtheil die Veranlassung zur Klage gegeben hat, die Gründe der Anfechtung sofort ermittelt werden können."

Die Kenntniß von dem Ausschlußurtheile wird auch im Falle einer Bekanntmachung durch den Deutschen Reichsanzeiger (§§ 833, 848 Abs. 2) nicht als eingetreten fingirt, wenngleich die Thatsache einer solchen Veröffentlichung selbstverständlich für den Beweis der Kenntniß nicht unerheblich ist. Glaubhaftmachung des Kenntnißmangels (s. Puchelt II S. 715) wird nicht erfordert (abweichend § 552 Abs. 2).

2) Abs. 2: Der Entwurf beabsichtigte hier die Gleichstellung mit der Wiederaufnahmeklage. Während dort aber die Frist auf 5 Jahre herabgesetzt ist (vgl. § 549 Anm. 3), ist es hier bei 10 Jahren geblieben.

3) Besondere Bestimmungen über die Bekanntmachung des Urtheils sind nur für die Urkunden-Amortisation gegeben (§ 848 Abs. 3).

Das Urtheil unterliegt den gewöhnlichen Rechtsmitteln wie dem Einspruche.

4) Ueber die Wirkung der Aufhebung ist nichts bestimmt. Dieselbe richtet sich also nach den allgemeinen Grundsätzen und kommt mithin nur dem Kläger zu Gute. Welchen Einfluß sie auf die den Ausschluß des Klägers voraussetzenden Rechte Dritter hat, ist, wie die Mot. hervorheben, nach den Grundsätzen des materiellen Rechts zu bestimmen.

§ 836.

1) „Zum Zwecke der gleichmäßigen Behandlung und der Kostenersparung" ist die gewöhnliche Verbindungsbefugniß hier nicht an die (materiellen) Bedingungen eines rechtlichen Zusammenhangs oder der Zulässigkeit der Klagenhäufung (s. § 138 Anm. 1) gebunden. Es wird mehr auf die formelle Gleichartigkeit ankommen, welche die Anwendung der gleichen Formen und Fristen ermöglicht.

2) Aehnliche Zwecke verfolgt die landesgesetzlich zulässige Bestellung gemeinsamer Aufgebotsgerichte für mehrere Gerichtsbezirke (z. B. Preuß. AG. z. CPO. § 26).

§ 838. Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten oder welche durch Indossament übertragen werden können und mit einem Blankoindossamente versehen sind, ist der letzte Inhaber berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

---

§ 837.

1) Der § 837 leitet die besonderen Bestimmungen über die Urkunden-Amortisation (§§ 838—850) ein, welche vor und neben den allgemeinen Vorschriften über das Aufgebotsverfahren (§§ 823—836) zur Anwendung kommen und mit diesen ein Ganzes bilden (vgl. d. allg. Bem. z. 9. Buch unter 2), und bestimmt zugleich den Umfang ihrer Anwendung.

Das Verfahren ist auch bei Verlust eines wesentlichen Theils der Urkunde anwendbar (s. Entsch. d. preuß. OT. 72 S. 71, Förster (Eccius) I S. 362 Anm. 8).

2) Abs. 1: Die Bestimmung umfaßt nur diejenigen Gattungen von Papieren, deren Amortisation reichsgesetzlich zugelassen (so die Wechsel und die in Art. 301 des HGB. bezeichneten Papiere; vgl. WO. Art. 73, dessen Satz 2 u. 3 unberührt bleiben, HGB. Art. 305 Abs. 2 Satz 1) oder doch im Prinzipe anerkannt ist (HGB. Art. 302, 305 Abs. 2 Satz 2). Bezüglich der letzteren erledigt § 839 das Bedenken, welches bei der Redaktion des HGB. ihre völlige Gleichstellung mit den erstgedachten Papieren hinsichtlich des Aufgebots verhindert hatte (Nürnb. Konf.-Prot. IX S. 5073, 5074). Für alle im Abs. 1 bezeichneten Papiere gelten die §§ 838—850 absolut; insbesondere ist für sie die Zulässigkeit der Amortisation ausnahmslos anerkannt. Der Art. 305 Abs. 2 Satz 2 des HGB. ist durch diese Paragraphen ersetzt (EG. z. CPO. § 13 Anm. 5 a. E.). Vgl. auch § 849.

Ob die Papiere angenommen sind, ob sie indossirt sind, und ob das Indossament in blanco oder auf bestimmten Namen ertheilt ist, ist unerheblich (A. M. in letzterer Beziehung Endemann III S. 425). Vgl. jedoch § 850 Anm. 1.

3) Abs. 2: Nach dieser Vorschrift gelten die §§ 838—848, 850 subsidiär, d. h. soweit die bestehenden oder künftigen Spezialgesetze nichts Abweichendes enthalten (vgl. z. B. die in den allg. Bem. z. 9. Buch unter 3 a. E. angef. Reichsgesetze), für alle anderen Urkunden, deren Amortisation in bestehenden oder künftigen Gesetzen des Reichs oder einzelner Bundesstaaten zugelassen ist (vgl. EG. z. CPO. § 11).

> „Entsprechend dem Grundsatze des § 823 Abs. 1 führt der Entwurf auch die Amortisation da, wo sie nicht durch Reichs- oder Landesgesetze bereits zugelassen ist, nicht ein und enthält sich aus diesem Grunde beispielsweise jeder Bestimmung über die Amortisationsfähigkeit der Namens- und Inhaberaktien (HGB. Art. 182, 207)." (Mot.)

Eine umfassende Abweichung in einheitlicher Richtung enthält jedoch wiederum § 849 Abs. 1 in Verbindung mit EG. z. CPO. § 11. Dieselbe beschränkt sich aber auf gewisse Vorschriften über das Verfahren und läßt die Frage der Zulässigkeit unberührt (vgl. § 849 Anm. 2, 3). Sie bildet eine dritte Gruppe von Urkunden zwischen denen des § 837 Abs. 1 und denen des Abs. 2 daselbst. (Vgl. Mandry S. 177 ff., Gaupp III S. 529, Wilm. Levy Anm. 2.)

In Preußen ist die Gesetzgebung weiter in einheitlicher Richtung fortgeschritten. Für alle Aufgebote zum Zwecke der Amortisation von Urkunden sind die Gerichte ausschließlich zuständig; die §§ 839—842, 846—848 finden auch bei dem Aufgebot anderer als der im § 837 bezeichneten Urkunden mit Ausschluß aller besonderen Vorschriften Anwendung (s. AG. z. CPO. § 20). Weitere Ausdehnungen enthalten § 21 das., § 19 des Ges. v. 4. März 1879 u. §§ 135, 137 d. Ges. v. 13. Juli 1883 (s. d. allg Bem. unter 4). Eine Uebersicht der einschlagenden Bestimmungen s. in den Mot. d. ersteren Ges. S. 24—26 (§§ 838 u. 850 sind materiellen Rechtens und daher nicht betroffen; wegen der §§ 843—845 s. d. Mot. dess. Ges. S. 27; Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 256). Wegen der Voraussetzungen des Aufgebots ist nichts geändert (§ 20 Abs. 5). [Vgl. auch Daude a. a. O. S. 49 ff., Fürst a. a. O. S. 26 ff.]

§§ 838—848.

Ueber den Inhalt der §§ 838 ff. bemerken die Mot.:

Bei anderen Urkunden ist derjenige zu dem Antrage berechtigt, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann.

N. Entw. § 1145. Entw. I. § 752. Entw. II. § 770. Entw. III. § 783. Mot. S. 467. Prot. S. 439.

„Die §§ 838 ff. schließen sich im Allgemeinen an die Vorschriften der WO. Art. 73 und der Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819, betr. das Verfahren behufs Amortisation verlorner Staatsschuldscheine rc., an, welche letztere bereits in den Anleihegesetzen des Nordd. Bundes v. 9. Novbr. 1867 § 6, vom 21. Juli 1870 § 3) und des Deutschen Reichs (vom 26. April 1871 § 2) Aufnahme gefunden haben."

Vgl. auch d. Ges. v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91).

Wegen des Abs. 2 berücksichtigen die §§ 838 ff. auch solche Verhältnisse, welche bei den in Abs. 1 erwähnten Papieren nicht vorkommen (§§ 843—845).

§ 838.

1) Das Prinzip des § 838 bezeichnet der Abs. 2. Der Abs. 1 enthält nur eine Anwendung. Die Mot. bemerken darüber, unverkennbar in Beziehung zu der betreffenden Diskussion in der Nordd. Proz.-Kom. (Nordd. Prot. S. 2250):

„Die Legitimation zu dem Antrage auf Amortisation ist von der Befugniß, „das Recht aus der Urkunde (wenn sie vorhanden wäre) geltend zu machen", nicht zu trennen.

Dieser allgemeine Ausdruck (vgl. österr. Entw. § 567, N. E. § 1145) mußte gewählt werden, weil Urkunden mit in Frage kommen, welche nicht Forderungen, sondern Miteigenthumsrechte' begründen. Der Ausdruck umfaßt zugleich alle die Fälle, in denen z. B. wegen erfolgter Verpfändung mehrere aus einer Urkunde verschiedentlich Berechtigte konkurriren.

Der Ausdruck ist demnach nicht unzweideutig und wird aus den Spezialgesetzen ergänzt werden müssen. Im Allgemeinen wird, abgesehen von Abs. 1, zu untersuchen sein, ob der Antragsteller nach Maßgabe seines Besitzrechts an der Urkunde zur Ausübung der durch diese bescheinigten Rechte legitimirt ist. Bei Forderungspapieren auf den Namen würde dies z. B. auf den Pfandgläubiger nach preuß. Recht, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, ohne gerichtliche Ueberweisung nicht zutreffen. Vgl. § 723, Entsch. d. OT. 8 S. 279 rc. Im Zusammenhang mit § 838 stehen §§ 840 Nr. 2, 850.

2) Abs. 1: „Papieren, welche auf den Inhaber lauten" — So auch § 849 Abs. 1; vgl. § 724 („Inhaberpapier"); HGB. Art. 307, 309, 325 („Papiere auf Inhaber, auf Inhaber lautende Papiere"). Die Zulässigkeit des Aufgebots richtet sich nach sonstigen Reichs- bzw. den Landesgesetzen (s. § 837 Anm. 3). Reichskassenscheine und Banknoten sind nicht amortisationsfähig (Ges. v. 30. April 1874 § 6 — RGBl. S. 40, Bankgesetz v. 14. Mai 1875 § 4 Abs. 3). [Vgl. auch Mandry S. 177, Gaupp III S. 532, Petersen § 838 Nr. 2 u. A. A. M. anscheinend Siebenhaar S. 738 Anm. *] Wegen der Zinsscheine und Talons s. §§ 843 —845 Anm. 2.

— „welche — können" — vgl. §§ 732 Anm. 1, 2, 849 Abs. 1.

— „und — versehen sind" — d. h. zuletzt (s. Anm. 3).

— „der letzte Inhaber" — gleichviel ob rechtmäßig oder nicht (vgl. Mandry S. 179). Auch der Schuldner kann hierunter fallen.

„Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten, und bei indossablen, mit Blanco-Indossament versehenen Papieren ist der Inhaber zur Geltendmachung des Rechts aus der Urkunde legitimirt, folglich der letzte Inhaber zu dem Antrage berechtigt (P. E. § 1318). Soweit eine Schuldurkunde nach ihrer Rückgabe an den Schuldner und nach Befriedigung des Gläubigers noch von Bedeutung ist, passen die Bestimmungen auch auf den Schuldner (Württ. PO. Art. 814 u. d. Ber. d. Justiz-Komm. der Abgeordn.-Kammer zu Art. 815 S. 233)." (Mot.)

Der Antragsteller hat lediglich die Thatsache, daß er der letzte Inhaber gewesen, glaubhaft zu machen (vgl. § 840 Nr. 2).

Wegen der etwaigen Zahlungssperre vgl. EG. z. CPO. § 15 Anm. 4.

Für Wechsel und andere indossable Papiere (vgl. § 837 Anm. 2), sofern sie in blanco

§ 839. Für das Aufgebotsverfahren ist das Gericht des Orts zuständig, welchen die Urkunde als den Erfüllungsort bezeichnet. Enthält die Urkunde eine solche Bezeichnung nicht, so ist das Gericht zuständig, bei welchem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen Gerichts dasjenige, bei welchem der Aussteller zur Zeit der Ausstellung seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Ist der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen, so ist das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig.

N. Entw. § 1147. Entw. I. § 754. Entw. II. § 771. Entw. III. § 784. Mot. S. 467, 468. Prot. S. 440.

---

girirt sind (vgl. WO. Art. 12, HGB. Art. 305 Abs. 1, 182 Abs. 5, 223 Abs. 1), tritt § 838 an die Stelle der Vorschrift in Art. 73 d. WO., wonach der „Eigenthümer" die Amortisation beantragen kann. (Zustimmend Daube a. a. O. S. 83, Petersen a. a. O.) Vgl. HGB. Art. 305 Abs. 2.

3) Abs. 2: „Bei anderen Urkunden" — auch bei indossablen Papieren, deren letztes Giro kein Blankoindossament ist.

In Preußen sind die dem materiellen Recht angehörigen Bestimmungen über die Berechtigung des Antragstellers unberührt geblieben, z. B. die Vorschrift, wonach der Hypothekenschuldner, welcher die Hypothek eingelöst hat (was von ihm nachzuweisen), über die Hypothek verfügen darf, also zu dem Aufgebotsantrage befugt ist (s. Mot. d. AG. z. CPO. S. 28, AGO. I 51 §§ 115 ff., Grundbuchordn. § 110, Daube a. a. O. S. 122).

§ 839.

1) Abs. 1: — „das Gericht" — d. h. das Amtsgericht (s. § 823 Anm. 2). Die Bestimmungen des Abs. 1 betreffen die örtliche Zuständigkeit.

Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (vgl. § 29) entspricht dem Art. 73 d. WO. Sind mehrere Erfüllungsorte bezeichnet, so ist das Gericht eines jeden zuständig. In der RTK. erklärte auf Anfrage der Regierungsvertreter v. Amsberg, die Frage sei der Praxis zu überlassen; er sei geneigt, dieselbe zu bejahen. — Die Bezeichnung des Erfüllungsorts in der Urkunde kann auch stillschweigend geschehen, indem die nothwendigen Voraussetzungen zur Bestimmung desselben in die Urkunde aufgenommen werden (vgl. HGB. Art. 324 Abs. 1, Preuß. Kab.-Ordre v. 3. Mai 1828 § 2 GS. S. 61) z. B. bei Konnossementen, wie der Abg. Wolffson in der RTK. hervorhob. Vgl. Nordd. Prot. S. 2251. (So auch Seuffert Anm. 1, Puchelt II S. 720, 721, Sarwey II S. 343, Petersen § 839 Nr. 1, Gaupp III S. 534 u. A. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche eine ausdrückliche Bezeichnung oder eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift fordern.)

Liegt der bezeichnete Erfüllungsort im Auslande, so ist ein zuständiges Gericht im Inlande nicht vorhanden. (So Endemann III S. 428, Gaupp a. a. O., Seuffert Anm. 2, Petersen § 839 Nr. 2. A. M. Wilm. Levy Anm. 2.)

2) Zur Begründung des zweiten Satzes bemerken die Mot.:

„Enthält die Urkunde die Bezeichnung eines Erfüllungsortes nicht, so darf als Regel angenommen werden, daß an dem Orte erfüllt werden soll, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthalt hat oder zur Zeit der Ausstellung der Urkunde hatte. Es ist daher nur eine konsequente Entwickelung des der Kompetenzvorschrift der WO. Art. 73 zu Grunde liegenden Gedankens, wenn im Anschlusse an die N. E. § 1147 für den Fall, daß die Urkunde den Ort der Erfüllung nicht bezeichnet, die Zuständigkeit durch den allgemeinen Gerichtsstand des Ausstellers zur Zeit des Aufgebots und in Ermangelung eines solchen durch den allgemeinen Gerichtsstand desselben zur Zeit der Ausstellung der Urkunde normirt wird.

Die in der Preuß. Verordn. vom 16. Juni 1819 § 5 und in dem Bundesges. vom 9. Novbr. 1867 § 6 geregelte Zuständigkeit des Stadtgerichts zu Berlin entspricht den vorstehend geltend gemachten Rücksichten."

§ 840. Der Antragsteller hat zur Begründung des Antrags:
1. entweder eine Abschrift der Urkunde beizubringen, oder den wesentlichen Inhalt der Urkunde und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit derselben erforderlich ist;
2. den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Thatsachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen;
3. sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten.

N. Entw. § 1148. Entw. I. § 755. Entw. II. § 772. Entw. III. § 785. Mot. — Prot. S. 440.

— „allgemeinen Gerichtsstand" — vgl. §§ 13—20. Hat der Aussteller auch zur Zeit der Ausstellung einen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche (vgl. § 13 Anm. 2) nicht gehabt, so ist das Verfahren nicht zulässig. Ist die Urkunde von Mehreren ausgestellt, welche verschiedene allgemeine Gerichtsstände haben, so wird jedes dieser Gerichte zuständig sein (vgl. Hellmann III S. 198, Gaupp a. a. O., Seuffert a. a. O., Wilm. Levy Anm. 2, Daube a. a. O. S. 82. A. M. Puchelt II S. 721, welcher § 36 Nr. 3 analog anwenden will). Ob die Aussteller solidarisch haften, ist unerheblich. (A. M. Sarwey II S. 344.)

Die Gerichtsstände des Abs. 1 sind zwar nicht ausdrücklich als ausschließliche bezeichnet (wie der des Abs. 2, wo dies gegenüber den im Abs. 1 bezeichneten Gerichtsständen von Bedeutung ist); die Ausschließlichkeit ergiebt sich aber aus der Natur der Sache. Vgl. § 834 Anm. 2. (So auch Seuffert Anm. 3, Sarwey II S. 344 u. A.)

3) Abs. 2: Die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache für die bezeichneten Ansprüche (vgl. §§ 25, 26) beruht auf einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. Bähr. [Vgl. auch Preuß. AGO. I 51 § 119 in Verb. mit § 111, § 134 2c., Kab.-O. v. 3. Mai 1828 § 2, AG. z. CPO. §§ 20 Abs. 2, 21; Ges. v. 4. März 1879 § 19, Kurlbaum a. a. O. S. 84, 85.]

§ 840.

1) Die Bestimmung erhält eine Ergänzung des § 824 Abs. 1.

Nr. 1 stimmt mit § 2 d. Preuß. EG. z. WO. überein (vgl. auch Preuß. AGO. I 51 § 116 u. Anh. § 385 zu § 115 das.).

Nr. 2: Nicht blos „den Besitz und Verlust", wie der soeben angef. § 2 vorschreibt. „Verlust" umfaßt das Abhandenkommen und die Vernichtung (s. § 837 Abs. 1).

Nr. 3: vgl. § 829 Anm. 2. Nur das Erbieten ist kategorisch erfordert. Die Zulassung zur eidlichen Versicherung, wenn diese angeboten ist, steht im Ermessen des Gerichts, was eigentlich schon in der in Nr. 2 vorgeschriebenen Glaubhaftmachung liegt (s. § 266; Seuffert Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 4). Eine Versicherung fordert auch § 135 Abs. 1 des Preuß. Ges. vom 13. Juli 1883.

2) Eine vorgängige vergebliche Bekanntmachung des Provokanten über den Verlust (P. E. § 1319, N. E. § 1146, Entw. I § 753) ist nicht vorgeschrieben.

„Die damit verbundene Verzögerung kann unter Umständen wesentliche Nachtheile für den Extrahenten mit sich führen; insbesondere wird dadurch das Recht auf Deposition (WO. Art. 73) ohne wesentlichen Nutzen hinausgeschoben". (Mot.)

Dagegen bewendet es, abgesehen von den in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden, wobei die Erfordernisse des § 840 erschöpfend sind, nach § 849 Abs. 2 bei den Vorschriften der Spezialgesetze, wonach unter Umständen ein Zeugniß von Behörden bzw. des Ausstellers selbst, event. nach vorgängiger Bekanntmachung des Verlustes seitens jener Behörden, beizubringen ist [Ges. v. 9. Novbr. 1867 § 6 in Verbindung mit § 8 d. Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 (GS. S. 157); Ges v. 21. Juli 1870 § 3, v. 26. April 1871 § 2, v. 12. Mai 1873 § 2, Reichsbankstatut § 8, Preuß. AGO. I 51 Anh. § 384 zu § 115, § 116, Grundbuchordn. § 110 2c.]. Vgl. §§ 843 Abs. 2, 844 Abs. 2. (S. auch Puchelt II S. 722, Seuffert Anm. 1, Gaupp III S. 536, Petersen §§ 840—842 Nr. 1, Daube a. a. O. S. 61, 122. A. M.: Endemann III

§ 841. In dem Aufgebot ist der Inhaber der Urkunde aufzufordern, spätestens im Aufgebotstermine seine Rechte bei dem Gericht anzumelden und die Urkunde vorzulegen. Als Rechtsnachtheil ist anzudrohen, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde.

N. Entw. § 1151. Entw. I. § 758. Entw. II. § 773. Entw. III. § 786. Mot. S. 468, 469. Prot. S. 440.

S. 430 unter Berufung auf die etwas unklaren Mot., und wegen des § 116 I 51 AGO. Fürst a. a. O. S. 24. Zweifelhaft Sarwey II S. 344.)

Auch das Preuß. AG. z. CPO. § 20 Abs. 5 hält ausdrücklich die Vorschriften über die Voraussetzungen des Aufgebots und über das Erforderniß eines gewissen Zeitablaufs von dem Verluste der Urkunde bis zu deren Amortisation aufrecht. Vgl. Mot. d. Ges. S. 28.

3) Wegen der Prüfung der Zulässigkeit des Aufgebots vgl. § 824 Anm. 2; wegen der Erlassung desselben das. Anm. 3.

§ 841.

1) Die Bestimmung enthält eine Ergänzung des § 824 Abs. 2 Nr. 2, 3. Vgl. das. Anm. 4.

2) — „der Inhaber der Urkunde" — nicht der Prätendent überhaupt (§ 824 Nr. 1), sondern nur ein solcher, welcher die Urkunde vorlegen kann. Die Anmeldung Dritter ist aber nicht ausgeschlossen.

— „spätestens im Aufgebotstermine" — vgl. jedoch § 828.

— „und die Urkunde vorzulegen" — Dies ist das Mehr gegen § 824 Nr. 2. Geschieht die Vorlegung, so ist das Verfahren zu Ende. Vgl. § 830 Anm. 1.

Erkennt der Antragsteller die vorgelegte Urkunde nicht als die aufgebotene an, oder tritt ein Dritter auf, welcher bessere Rechte als der Antragsteller an der verlorenen Urkunde zu haben behauptet, so kommt § 830 zur Anwendung.

3) Der anzudrohende Rechtsnachtheil (Satz 2; vgl. § 824 Abs. 2 Nr. 3) entspricht dem § 848 Abs. 1 [vgl. auch Preuß. EG. z. WO. § 2, Hann. PO. § 501, Württ. PO. Art. 816, Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 § 8 (GS. S. 157) usw.]. Die in § 850 bezeichnete Wirkung wird nicht besonders ausgedrückt. Die Kraftloserklärung (Amortisation, Mortifikation) soll eben nur diejenige Legitimation ergänzen, welche sonst durch die Urkunde geführt wird. Rechte dritter Personen, welche von dem Besitze der Urkunde unabhängig sind, sollen nicht berührt werden (Nordd. Prot. S. 2252, 2258). Die Mot. bemerken darüber:

> „Die Wirkung des Verfahrens beschränkt sich darauf, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Verpflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (N. E. §§ 1153, 1154). Im Uebrigen wird das Rechtsverhältniß zwischen dem Antragsteller und einem Dritten, welcher ein besseres Recht auf die Urkunde hat, nicht berührt. Es liegt kein Bedürfniß vor, in dieser Richtung eine weiter gehende Wirkung (P. E. § 1327: Ausschluß des unbekannten Inhabers der Urkunde und aller unbekannten Berechtigten mit ihren Rechten) eintreten zu lassen; denn auch ohne dieselbe wird der Verlust der Urkunde, welche die einzige Veranlassung des Verfahrens ist, der Art aufgehoben, daß der Antragsteller thatsächlich über die Urkunde wie vor dem Verluste verfügen kann; den Verlust gänzlich ungeschehen zu machen, wird durch die Bedeutung des Besitzes der Urkunde durch den Dritten ausgeschlossen. Hatte ein Dritter Rechte an der Urkunde, ohne dieselbe zu besitzen, so sind dieselben überhaupt weder durch den Verlust der Urkunde seitens des Inhabers noch durch das Aufgebot berührt.
>
> Diesen Wirkungen entspricht die in das Aufgebot aufzunehmende Androhung (§ 841). — Die als Folge eintretende Berechtigung, alle Rechte aus der Urkunde gegenüber dem Verpflichteten geltend zu machen, ist in der Androhung nicht zu erwähnen, weil überhaupt rücksichtlich der Legitimation gegenüber dem Verpflichteten in dem bereits erörterten Sinne trotz der Bestimmung des § 850 kein Ausschluß erfolgt."

Vgl. auch Mandry S. 180.

4) Anders ist der Rechtsnachtheil beim Aufgebot einer Post nach d. Preuß. Grundbuchordn. § 105 Nr. 4 (s. Preuß. AG. z. CPO. § 21) im Gegensatz zum Aufgebot der Urkunde (Grund-

§ 842. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Lokale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die im §. 187 Abs. 2 bezeichneten Blätter.

Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung noch in andere Blätter und zu mehreren Malen erfolge.

N. Entw. § 1150. Entw. I. § 757. Entw. II. § 774. Entw. III. § 787. Mot. — Prot. S. 440.

§ 843. Bei Werthpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zinsscheinen oder Gewinnantheilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben sechs Monate abgelaufen sind.

---

buchordn. §§ 110, 111). Vgl. auch Preuß. Ges. v. 13. Juli 1883 §§ 133, 135 Abs. 6, 137 Abs. 3.

§ 842.

1) Die Anheftung soll außer, wie nach § 825, an die Gerichtstafel noch im Lokale der Börse am Sitze des Aufgebotsgerichts (vgl. Preuß. EG. z. WO. § 2) erfolgen.

2) Die Einrückung des vollständigen Aufgebots geschieht nicht blos in den Reichsanzeiger (§ 825), sondern auch in das für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmte Blatt (§ 187 Abs. 2), und zwar drei Mal (nicht blos 1 bzw. 2 Mal).

Abs. 2, welcher dem § 187 Abs. 3 entspricht, enthält nur insofern eine Abweichung von jener Bestimmung sowie von § 825, als auch hier nicht von der Einrückung eines bloßen Auszugs, sondern von der des vollständigen Aufgebots die Rede ist.

3) Betrifft das Aufgebot Urkunden über Ansprüche, welche in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen sind, so ist dasselbe nach dem Preuß. AG. z. CPO. § 20 Abs. 4 auch durch einmalige Einrückung in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblatts bekannt zu machen; dagegen bedarf es nicht der Anheftung im Lokale der Börse. Vgl. auch § 24 Abs. 2 das.

§§ 843—845.

1) An Stelle dieser, von den Papieren, für welche Zinsscheine (Koupons) oder Gewinnantheilscheine (Dividendenscheine) ausgegeben werden, handelnden Vorschriften enthielten die Entw. II u. III (im Wesentlichen auch Entw. I) zur Sicherung des dritten redlichen Besitzers eines solchen Papiers gegen unvermuthete Kraftloserklärung nur die Bestimmung:

„Bei Werthpapieren — — (wie in § 843) dergestalt zu bestimmen, daß in die Zwischenzeit der Tag fällt, an welchem neue Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde zur Ausgabe der neuen Zinsscheine oder Gewinnantheile nicht vorgelegt sei."

Man hatte dieselbe für ausreichend gehalten, weil sie nur subsidiär zu gelten bestimmt war (§ 837 Anm. 3) und in den meisten Ländern derartige Vorschriften bereits vorhanden sind (Prot. S. 591); vgl. z. B. Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 §§ 7, 8, 11 (GS. S. 157), Ges. v. 9. Novbr. 1867 § 6 (BGBl. S. 157) 2c. In der RTK. wurde jedoch schon bei der ersten Lesung darauf aufmerksam gemacht, daß, wenn für das betreffende Papier auf sehr lange Zeit Koupons ausgegeben seien, das Aufgebotsverfahren sich allzulange verzögern würde. Es gelangte daher ein Antrag des Abg. Reichensperger zur Annahme, wonach bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben sind, der Aufgebotstermin dergestalt bestimmt werden soll, daß seit dem glaubhaft gemachten Zeitpunkte des Verlustes die Abschnitte

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei und daß die neuen Scheine an einen Anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien.

N. Entw. §§ 1149, 1152. Entw. I. §§ 756, 759. Entw. II. § 776. Entw. III. § 789. Mot. S. 468. Prot. S. 440–443, 589–592.

§ 844. Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine zuletzt für einen längeren Zeitraum als vier Jahre ausgegeben sind, genügt es,

---

für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten mehr als sechs Monate abgelaufen sind, während es im Uebrigen bei der Bestimmung des Entwurfs im Wesentlichen bewenden sollte. Die gegenwärtigen Vorschriften enthalten nur eine ergänzte und verbesserte Redaktion jener Beschlüsse, welche in zweiter Lesung von der RTK. auf Antrag des Abg. Wolffson unter Zustimmung des Regierungsvertreters einstimmig gebilligt wurde.

Dieselben erweitern die in den §§ 827, 847 vorgeschriebenen Aufgebotsfristen; ihre Verletzung begründet daher nach § 834 Nr. 3 die Anfechtungsklage (vgl. Wilm. Levy § 843 Anm. 1, Seuffert § 843 Anm. 1, Gaupp III S. 541 u. A. A. M. Endemann III S. 433, 440).

2) Die Zinsscheine und Gewinnantheilscheine selbst sind meistens nicht amortisirbar [Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 § 13, Kab.-Ord. v. 18. Septbr. 1822 (GS. S. 213), Ges. v. 9. Novbr. 1867 § 6 (BGBl. § 157), Reichsbankstatut § 9, Preuß. Ges., betr. die Errichtung von Landeskultur-Rentenbanken, v. 13. Mai 1879 § 46 Abs. 3 (GS. S. 367)], ebenso die „Zinsquittungsscheine" der Grundschuldbriefe (s. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 39, Grundbuchordn. § 96 Abs. 4). Da, wo dies dennoch gesetzlich der Fall ist, kommt § 846 in Betracht. Ein Aufgebot des Talons („Zinsleisten, Erneuerungsschein" — vgl. StrGB. § 149) ist entbehrlich, weil bei dessen Verlust das Papier selbst die Vorlegung des Talons ersetzt [s. Preuß. Ges. v. 7. Juni 1821 §§ 3, 4 (GS. S. 96), Reichsbankstatut § 9 a. E., Preuß. Ges. v. 13. Mai 1879 a. a. O., ROHG. 10 S. 318, 17 S. 31; vgl. Gareis in Busch, Arch. f. HR. Bd. 34 S. 97, Stobbe, D. Privatrecht III § 180 Anm. 21, Mandry S. 179 Anm. 21, Wilm. Levy § 838 Anm. 2].

3) Wegen der absoluten Geltung der §§ 843 ff. vgl. § 849. Das Preuß. AG. z. CPO. § 20 Abs. 2 hat die Anwendbarkeit der §§ 843–845 nicht ausgedehnt (mit Rücksicht auf die geringe Umlaufsfähigkeit der dabei in Frage kommenden Papiere — s. Mot. d. Ges. S. 27). [S. dagegen Fürst a. a. O. S. 22.]

§ 843.

1) Diese Bestimmung enthält die Regel. Danach ist das Aufgebot selbst zwar jederzeit zulässig, der Aufgebotstermin hängt aber von der Ausgabe neuer Zinsscheine ꝛc. ab sowie davon, daß mindestens 6 Monate seit der Fälligkeit des ersten der neu ausgegebenen Zinsscheine ꝛc. (weil erst mit dieser Fälligkeit das Interesse an Hebung der neuen Scheine beginnt) verstrichen sind. (So auch Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 348, Petersen §§ 845—847 II 1, Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 541 u. A. A. M. v. Bülow Anm. 1.)

Das Ausschlußurtheil kann jedoch nur erlassen werden, nachdem der Antragsteller das im Abs. 2 bezeichnete Zeugniß beigebracht hat.

2) — „und daß die neuen Scheine an einen Anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien" — Hiermit ist der Fall ins Auge gefaßt, wenn der Urkunde auch Talons beigegeben sind. Hat ein Dritter auf Produktion des Talons die neuen Scheine erhalten, so fällt die sonst auf die unterlassene Produktion der Urkunde zu gründende Vermuthung hinweg. Das Ausschlußurtheil ist also — da das in Abs. 2 bezeichnete Zeugniß nicht zu erlangen ist — überhaupt nicht zulässig, und der Verlierer muß sich an den Produzenten des Talons halten. Vgl. § 844 Abs. 2.

wenn der Aufgebotstermin so bestimmt wird, daß bis zu demselben seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes von den zuletzt ausgegebenen Scheinen solche für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten derselben sechs Monate abgelaufen sind. Scheine für Zeitabschnitte, für welche keine Zinsen oder Gewinnantheile bezahlt werden, kommen nicht in Betracht.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die für die bezeichneten vier Jahre und später etwa fällig gewordenen Scheine ihr von einem Anderen als dem Antragsteller nicht vorgelegt seien. Hat in der Zeit seit dem Erlasse des Aufgebots eine Ausgabe neuer Scheine stattgefunden, so muß das Zeugniß auch die im §. 843 Abs. 2 bezeichneten Angaben enthalten.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 440—443, 589—592.

§ 845. Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben sind, aber nicht mehr ausgegeben werden, ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§. 843, 844 vorhanden sind, der Aufgebotstermin so zu bestim-

---

§ 844.

1) Von der Regel des § 843 wird hier in dem Falle eine Ausnahme gemacht, nämlich der Aufgebotstermin auch vor der Ausgabe neuer Koupons zugelassen („genügt es“), wenn seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes („zuletzt“) bis zum Aufgebotstermin vier Jahrgänge von Zinsscheinen ꝛc. fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten Scheins sechs Monate verflossen sind. [Vgl. auch Preuß. Ges. v. 13. Mai 1879 § 46 Abs. 2, Endemann III S. 436.] In den Fällen des § 844 kann statt dessen der § 843 (als das majus) angewendet werden.

Werden seit dem Verluste nicht mehr für 4 Jahre Scheine fällig, so kann nur § 843 maßgebend sein (so jetzt auch Hellmann, Lehrb. S. 922).

2) Satz 2 des Abs. 1 („Scheine — Betracht“) beruht darauf, daß die auf die Nichtproduktion der Scheine gegründete Vermuthung in dem vorausgesetzten Falle wegfällt. Ob die Zahlung erfolgt, kann man freilich nicht im voraus wissen; es genügt die planmäßige Verpflichtung. Eine nachträgliche Hinausschiebung des Aufgebotstermins wegen Ausfalls einzelner Zahlungstermine kann allerdings nothwendig werden. (Vgl. Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 845—847 II 2, Sarwey II S. 348, Gaupp III S. 544, Hellmann III S. 202, 203, Wilm. Levy Anm. 3. A. M. Endemann III S. 437.)

3) Abs. 2: Auch hier muß vor Erlassung des Ausschlußurtheils die Vermuthung durch ein Zeugniß der Behörde ꝛc. ergänzt werden, welches hier auf das Nichtvorkommen der Zinsscheine ꝛc. zu richten ist. Die Produktion durch den Antragsteller selbst ist hier ebenfalls unschädlich. § 844 ist also anwendbar, auch wenn dem Antragsteller keiner der Zinsscheine ꝛc., sondern nur das Stammpapier verloren gegangen ist. (A. M. Seuffert Anm. 3.)

4) Der Schlußsatz des Abs. 2 berücksichtigt den Fall, wenn zwar bei Erlassung des Aufgebots eine Ausgabe neuer Zinsscheine ꝛc. noch nicht stattgefunden hat, aber in der Zwischenzeit bis zur Erlassung des Ausschlußurtheils eintritt. Hier muß das Zeugniß nach Maßgabe des § 843 Abs. 2 vervollständigt werden. Jedoch ist es nicht erforderlich, die Fälligkeit des ersten der neuen Scheine bzw. die Frist von sechs Monaten seit diesem Zeitpunkte abzuwarten.

§ 845.

Der § 845 enthält eine zweite Ausnahme von der Regel des § 843 in einem Falle, in welchem auch die Voraussetzungen des § 844 nicht vorliegen. Es ist an den Fall gedacht, wenn zwar die Urkunde die Verfallzeit nicht enthält (vgl. § 846), aber zufolge Kündigung oder Auslosung die Obligation so frühzeitig fällig geworden ist, daß neue Scheine darauf

men, daß bis zu demselben seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines sechs Monate abgelaufen sind.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 590—592.

§ 846. Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, und sind die Voraussetzungen der §§. 843—845 nicht vorhanden, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind.

N. Entw. § 1149. Entw. I. § 756. Entw. II. § 775. Entw. III. § 788. Mot. S. 468. Prot. S. 590—592.

§ 847. Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

N. Entw. § 1149. Entw. I. § 756. Entw. II. § 775. Entw. III. § 788. Mot. S. 468. Prot. S. 590—592.

§ 848. In dem Ausschlußurtheil ist die Urkunde für kraftlos zu erklären.

---

nicht mehr ausgegeben werden (vgl. § 843), aber auch nicht mehr für 4 Jahre Scheine vorhanden sind (vgl. § 844). In diesem Falle ist ein Zeugniß der Behörde usw. überhaupt nicht beizubringen. Die besondere Regelung dieses Falles gegenüber den allgemeinen Regeln der Urkundenamortisation besteht nur darin, daß der Aufgebotstermin nicht von dem dem Besitzer vielleicht noch ganz unbekannt gebliebenen Auszahlungstermine (§ 846), sondern von der Fälligkeit des letzten, d. h. des zuletzt fälligen, ausgegebenen Zinsscheins 2c. abhängig gemacht worden ist.

§ 846.

1) Eine besondere Art von Papieren behandelt der § 846, nämlich „Schuldurkunden" (Obligationen), in welchen „eine Verfallzeit angegeben", d. h. ein bestimmter Fälligkeitstermin bezeichnet ist (certus quando). Treffen in einem solchen Falle die Voraussetzungen der §§ 843—845 zu, so sind diese Bestimmungen zu beobachten. Ist dies aber nicht der Fall, so wird (im Interesse des unbekannten Inhabers der Urkunde) die Frist bis zum Aufgebotstermine nicht schon von der ersten Einrückung des Aufgebots in den Reichsanzeiger (§ 847), sondern von dem späteren Verfalltage ab berechnet. Da die Vorschrift bei Erlassung des Aufgebots zu beobachten ist (§ 824 Abs. 2 Nr. 4), so ist die Ausdrucksweise („noch nicht eingetreten ist" statt „eingetreten sein würde") etwas auffallend (wie das „erfolgt ist" statt „erfolgt" in § 847). [Zustimmend Endemann III S. 440 Anm. 2, Gaupp III S. 547.]

— „ersten Einrückung" — Dies trifft auch zu, wenn die Einrückung überhaupt nur ein Mal erfolgt.

Wegen der nicht blos subsidiären Geltung des § 846 s. § 849.

2) Die Einrückung in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblatts, welche das Preuß. AG. z. CPO. § 20 Abs. 1 vorschreibt, tritt dort bei Anwendung der §§ 846, 847 an Stelle der Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger.

§ 847.

Vgl. §§ 846 Anm. 1, 2; 849. Die Aufgebotsfrist von 6 Monaten seit der „ersten" Einrückung in den Reichsanzeiger kommt auch abgesehen von den Fällen der §§ 843—845 für das ganze Gebiet des § 837 zur Anwendung. Eine zwölfmonatige Frist bestimmt das Ges. v. 12. Mai 1873 § 3 (RGBl. S. 91). Diese ist nach EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 unberührt. Anders die landesgesetzlichen Fristen, soweit sie kürzer sind, und, soweit sie die Fälle des § 837 Abs. 1 betreffen, ganz allgemein (vgl. § 849).

Das Ausschlußurtheil ist seinem wesentlichen Inhalte nach durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen.

In gleicher Weise hat nach eingetretener Rechtskraft die Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urtheils, soweit dadurch die Kraftloserklärung aufgehoben wird, zu erfolgen.

N. Entw. § 1153. Entw. I. § 760. Entw. II. § 777. Entw. III. § 790. Mot. S. 468—470. Prot. S. 443.

§ 849. Die Vorschriften der §§. 843—848 finden auch auf das Aufgebot anderer als der im §. 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blankoindossament versehen sind, Anwendung, insoweit nicht der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

Durch diese Bestimmung werden Vorschriften, welche für das Aufgebotsverfahren noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen, nicht berührt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 592, 593.

---

§ 848.

1) Abs. 1: vgl. §§ 841 Anm. 3, 850.

Außer der Kraftloserklärung und etwaigen Vorbehalten (§ 829 Abs. 3) enthält das Urtheil nur die übliche Bestimmung über den Kostenpunkt nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (§§ 87 ff.). Danach werden regelmäßig den Antragsteller die Kosten treffen. Vgl. auch GKG. § 89 in Verbindung mit § 86. Eine besondere Vorschrift, daß der Antragsteller die Kosten des Verfahrens vorzuschießen habe (Württ. PO. Art. 818, P. E. § 1301, N. E. § 1142), hat die CPO. weder für die Urkunden-Amortisation noch für das Aufgebotsverfahren überhaupt aufgenommen, „weil es sich dabei wesentlich nur um das in der Prozeßordnung nicht berührte Verhältniß des Fiskus zu dem Extrahenten des Verfahrens handeln könnte, und, soweit die Erstattungsverbindlichkeit eines Gegners in Frage kommt, die allgemeinen Grundsätze (§§ 87 ff.) genügen" (Mot.) Nach GKG. §§ 81, 84 hat der Antragsteller einen Gebührenvorschuß sowie einen zur Deckung der baaren Auslagen hinreichenden Vorschuß zu zahlen.

2) Abs. 2, 3: Was sonst nur fakultativ (§ 833) bzw. überhaupt nicht, ist hier unbedingt vorgeschrieben. Eine einmalige Einrückung genügt.

> „Im Gebiete der Urkunden-Amortisation nämlich ist die Veröffentlichung, daß und wohin das präklusive Urtheil ergangen, von unschätzbarem Werthe, sowohl für den Verlierer der Urkunde, als für Dritte, die ohne jene die Urkunde in gutem Glauben erwerben möchten (Braunschw. PO. § 281). Das Gleiche gilt von dem auf die Anfechtungsklage ergehenden Urtheil, insofern dasselbe eine geschehene Amortisation aufhebt (Abs. 3). In allen Fällen, wo die mortifizirte Urkunde noch existirt, würde sie ungeachtet des die Amortisation beseitigenden Erkenntnisses allen Verkehrswerthes beraubt sein, wenn nur die Amortisation, nicht aber deren Wiederbeseitigung veröffentlicht würde". (Mot.)

Vgl. §§ 835 Anm. 3, 849.

3) — „seinem wesentlichen Inhalte nach" — vgl. § 833 Anm. 1.

§ 849.

1) Diese Bestimmung ist von der RTK. in zweiter Lesung eingeschaltet. Angeregt nämlich durch eine Petition der Aeltesten der Kaufmannschaft zu Berlin, welche entweder die landesgesetzlichen Vorschriften über die Amortisation der hier bezeichneten Papiere außer Kraft gesetzt oder wenigstens gewisse Bestimmungen obligatorisch gemacht wissen wollten, schlugen die Abgeordneten Wolffson und Struckmann im Interesse der Sicherheit des Verkehrs vor, ein Minimum von Förmlichkeiten festzusetzen, unter welches kein Einzelstaat herabgehen dürfe, und stellten demzufolge den Antrag, einen Paragraphen dahin aufzunehmen:

„Die Vorschriften des § 842, soweit dieselben die Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger betreffen, ferner die §§ 843—848 gelten auch für das Aufgebots-

§ 850. Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

N. Entw. § 1154. Entw. I. § 761. Entw. II. § 778. Entw. III. § 791. Mot. S. 468. Prot. S. 443.

---

verfahren hinsichtlich anderer auf den Inhaber lautender oder durch Indossament übertragbarer und mit einem Blankoindossament versehener Papiere, als der in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden."

Dieser Antrag wurde mit den seitens des Regierungskommissars empfohlenen Einschränkungen — in § 849 Abs. 2 sowie bezüglich der Urkunden über Ansprüche, welche in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen sind (Abs. 1 a. E.) — und mit der Modifikation angenommen, daß nicht eine dreimalige, sondern nur eine einmalige Einrückung des Aufgebots in den Reichsanzeiger erfolgen solle. Vgl. die allg. Bem. z. 9. Buch u. § 837 Anm. 3.

2) Abgesehen von den durch die Worte „insoweit — eingetragen ist" (vgl. § 839 Abs. 2) mit Rücksicht auf die durchgehende Schonung des Immobiliarsachenrechts von der kategorischen Vorschrift des § 849 Abs. 1 ausgenommenen Urkunden [vgl. jedoch Preuß. AG. z. CPO. §§ 20, 21 (oben § 837 Anm. 3); s. auch Daube a. a. O. S. 119 ff., Achilles, D. preuß. Ges. über Grundeigenthum 2c. 3. Ausg. S. 458 ff., Bahlmann, Preuß. Grundbuchrecht 3. Aufl. S. 422, 429 ff.; die Blankoabtretung von Grundschulden ist kein Indossament und macht den Grundschuldbrief auch nicht zum Inhaberpapier (vgl. § 732 Anm. 1)], werden hier den Bestimmungen über die Amortisation der mit Zinsscheinen oder Gewinnantheilscheinen versehenen Urkunden (§§ 843—845) sowie den §§ 846—848 alle auf den Inhaber lautende oder durch Blankogiro mit ähnlichen Eigenschaften versehenen Papiere (vgl. § 838 Abs. 1), auch soweit sie nicht bereits unter § 837 Abs. 1 fallen, abgesehen von Abs. 2, unbedingt unterworfen. Bei Namenspapieren ist mithin Voraussetzung, daß das letzte Indossament ein Blankoindossament ist (vgl. § 838 Anm. 2, 3). Die Zulässigkeit und die besonderen Voraussetzungen des Aufgebots bestimmen sich freilich nach wie vor nach den Landesgesetzen (s. Preuß. AG. z. CPO. a. a. O.).

Indirekt ist durch § 849 auch trotz der Nichtanführung der §§ 825, 842 die wenigstens einmalige Einrückung des Aufgebots in den Reichsanzeiger verordnet, da dieselbe bei den Vorschriften über die Bestimmung des Aufgebotstermins vorausgesetzt wird (§§ 846, 847).

3) Abs. 2: Diese Einschränkung beruht darauf, daß — wie der Regierungskommissar in der RTK. auseinandersetzte — aus den innerhalb des Deutschen Reichs in höchst verschiedenartiger Weise bestehenden, zum Theil in Privilegien und Statuten enthaltenen Vorschriften über das Aufgebot von Papieren der vorliegenden Art für den Inhaber gewissermaßen ein jus quaesitum abzuleiten sei, wonach eine Kraftloserklärung auf Antrag eines Andern nur unter Beobachtung jener Vorschriften erfolgen könne. Danach bleiben die etwa außer den §§ 843—848 aufgestellten Erfordernisse („noch andere") kumulativ neben diesen, und „schwerere" Erfordernisse sogar vor jenen reichsgesetzlichen Vorschriften in Geltung, z. B. hinsichtlich der Dauer der Aufgebotsfrist, der Einrückung in gewisse Blätter 2c. Im Uebrigen ist gerade der Inhalt des § 849 der Abänderung durch die Landesgesetzgebung entzogen (EG. z. CPO. § 11). Dieser enthält also das Minimum der für das Aufgebot der darin gedachten Urkunden zu beobachtenden Normen.

§ 850.

1) Die Bestimmung gilt für die Urkunden des § 837 Abs. 1 unbedingt, für die übrigen nur, insoweit nicht die Spezialgesetze abweichen. (A. M. Fürst a. a. O. S. 23.) Sie hängt mit den Vorschriften über die Berechtigung des Antragstellers zusammen. Das Ausschlußurtheil ersetzt für diesen den Besitz der Urkunde, ohne im Uebrigen in seinen Rechtsverhältnissen etwas zu ändern (vgl. § 841 Anm. 3), soweit nicht etwa mit der Urkunde nach besonderer gesetzlicher Vorschrift das Recht selbst erlischt. Da aber nur auf Antrag dessen, welcher das Recht aus

der Urkunde geltend machen kann, das Aufgebot erlassen wird (§§ 838 Abs. 2, 840 Nr. 2), so ist er nach erwirktem Ausschlußurtheil dem Verpflichteten gegenüber auch sachlich legitimirt, nicht aber einem Dritten gegenüber. (Vgl. auch Seuffert Anm. 1, Fitting § 106 S. 420, Mandry S. 180 u. A.) Wer als der aus der Urkunde Verpflichtete anzusehen ist, richtet sich nach bürgerlichem Recht. Die Bestimmung des Art. 73 Satz 2 der WO., wonach die Amortisation des Wechsels nur gegen den Akzeptanten (bzw. den Aussteller des eigenen Wechsels — s. das. Art. 98 Nr. 9) wirkt, bleibt nach EG. z. CPO. § 13 Abs. 1 unberührt, da die Wirkungen des Aufgebots von den bezüglichen Prozeßvorschriften nicht zu trennen sind, wiewohl nach bürgerlichem Recht auch der Aussteller und die Indossanten aus der Urkunde (freilich nach WO. Art. 54 nur gegen Auslieferung des Wechsels) verpflichtet sind. (So auch Siebenhaar S. 730, 737, Puchelt II S. 729, 730, Gaupp III S. 552, Seuffert Anm. 1, Petersen § 850 Anm., Wilm. Levy Anm. 1, welche Letztere zu dem gleichen Ergebnisse gelangen, weil nach Wechselrecht die Regreßpflicht des Ausstellers eines gezogenen Wechsels und des Indossanten mit dem Wechsel untergeht. A. M. Dernburg II § 283 Anm. 9.)

Der Ausdruck des § 850 ist etwas eng, insofern er nur auf Verpflichtungsurkunden paßt. Der Grundsatz gilt aber auch für andere Urkunden dahin, daß der Extrahent die unmittelbar durch die Urkunde bescheinigten Rechte auszuüben berechtigt ist, z. B. Miteigenthumsrechte u. dergl. Vgl. § 841 Anm. 3. (Endemann III S. 444, Gaupp a. a. O., Fürst a. a. O. S. 23. A. M. Hellmann III S. 205, welcher nur landesgesetzliche Ausdehnung auf solche Urkunden gestattet.)

2) Ueber die Berechtigung, die Ausfertigung einer neuen Urkunde an Stelle der für kraftlos erklärten zu verlangen, ist nichts bestimmt. Dieselbe hängt, wie die Mot. bemerken, von dem Verhältnisse des Berechtigten zu dem Verpflichteten ab. Vgl. Reichsges. v. 12. Mai 1873 § 6, Reichsbankstatut § 8 a. E., Preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 § 12, Kab.-Ordre v. 3. Mai 1828 § 4 (GS. S. 61), Grundbuchordn. §§ 111, 112.

Zehntes Buch.

Schiedsrichterliches Verfahren.

§ 851. Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

N. Entw. § 1155. Entw. I. § 762. Entw. II. § 779. Entw. III. § 792. Mot. S. 471, 472. Prot. S. 443.

Zehntes Buch.

Mot. S. 470, 471.

Literatur u. frühere Praxis s. in d. Abh. von Gruchot in dessen Beitr. XVI S. 1 ff.; ferner Windscheid, Pand. II §§ 415, 416, Dernburg I § 142—144, Förster (Eccius) I § 49a, Kayser im Rechtslexikon III S. 451 ff. s. v. „Schiedsrichter", Wach I S. 64 ff., Hellmann, Lehrb. S. 1018 ff. Manche werthvolle Erörterungen über den Schiedsvertrag und das schiedsrichterliche Verfahren im Allgemeinen enthält auch die Schrift von Daubenspeck, Ueber die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden. Berlin 1883.

1) Das dem röm. und kan. Rechte bekannte, in den älteren Reichsgesetzen bestätigte (vgl. R.-Absch. v. 1594 §§ 65, 66) Institut des schiedsrichterlichen Verfahrens war auch in die großen Kodifikationen des Prozeßrechts am Schlusse des vorigen Jahrhunderts übergegangen (Preuß. AGO. I 2 §§ 167 ff., I 30 §§ 48 ff.; Code de proc. art. 1003 ff.). Die Reformbedürftigkeit dieser Bestimmungen ist indessen längst anerkannt. Die meisten der neueren Gesetzgebungsarbeiten enthalten eingreifende und umfassende Reformen auf diesem Gebiete (Code de Genève art. 335—367, Bayer. PO. Art. 1319—1344, Bad. PO. §§ 1061—1087, Belg. Entw. Titel II Ch. I art. 1—17, Preuß. Entw. e. HGB. Art. 1046—1063, P. E. §§ 1361—1389, N. E. §§ 1155—1187 ꝛc.). Die CPO. ist der Richtung dieser Reformarbeiten gefolgt. Die betreffenden Bestimmungen der Entwürfe, welche sich größtentheils denen des N. E. anschließen, sind von der RTK. fast ohne jede Diskussion und mit nur geringfügigen Abänderungen (bei §§ 864, 871) gebilligt worden. Die Mot. bemerken darüber mit Bezug auf jene Reformarbeiten:

> „Bei allen diesen Reformen und Reformvorschlägen ist das Bestreben leitend gewesen, die Schranken zu beseitigen, welche der gedeihlichen Entfaltung des schiedsrichterlichen Instituts durch das bisher geltende Recht gezogen waren. Der Entwurf hat sich diesem Bestreben angeschlossen; er hat der Idee und dem Zwecke des schiedsrichterlichen Instituts entsprechend das Verfahren so sehr vereinfacht und so praktisch gestaltet, daß dasselbe allen berechtigten Anforderungen zu entsprechen vermag und bei richtiger Wahl der Schiedsrichter günstige Ergebnisse liefern muß."

2) Die Bestimmungen des zehnten Buchs sind nur zum Theil rein prozeßrechtlichen Inhalts. Die §§ 851—857 betreffen die Gültigkeit des Schiedsvertrags (Kompromisses) bzw. die Ernennung der Schiedsrichter; § 859 handelt von der Aufhebung des Schiedsvertrags; § 867 bestimmt die Erfordernisse der Klage auf Aufhebung eines Schieds-

spruchs. Die CPO. konnte, wie die Mot. hervorheben, von der Aufnahme dieser dem materiellen Rechte angehörigen Bestimmungen schon deshalb nicht absehen, weil bei Feststellung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs, welche nur in der Prozeßordnung zu bewirken war, die Frage nach der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens selbst und nach der Anfechtbarkeit des Schiedsspruchs nicht umgangen werden durfte. Indessen hat weder die Absicht vorgelegen, noch ist es erreicht, die Lehre vom Schiedsvertrage vollständig zu ordnen; daneben kommt vielmehr das bürgerliche Recht zur Anwendung (s. Mandry S. 397).

3) Landesgesetzliche Bestimmungen über ein schiedsrichterliches Verfahren in gewissen Verwaltungsstreitsachen [z. B. Preuß. Vorfluthgesetz v. 19. Novbr. 1811 §§ 21 ff. (GS. S. 352 ff.), Kab.-O. v. 5. Novbr. 1846 (GS. S. 482) ꝛc.] bleiben unberührt. Auch auf die gewerblichen Schiedsgerichte des § 120a d. Reichsgewerbeordn. nach dem Texte v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) findet das 10. Buch keine Anwendung (s. GVG. § 14 Nr. 4, EG. z. CPO. § 3). [Vgl. Förster (Eccius) I S. 266 Anm. 8.] Besondere, den Vorschriften der CPO. nicht unterworfene Schiedsgerichte sind auch angeordnet in dem Unfallversicherungsgesetze v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) §§ 46 ff. Bezüglich der „Schiedsmänner" in Preußen s. § 706 Anm. 1.

4) War in einem vor dem Inkrafttreten der CPO. geschlossenen Vertrage eine schiedsrichterliche Erledigung der entstehenden Streitigkeiten vereinbart, so ist die rechtliche Gültigkeit dieses Kompromißvertrags von den zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Gesetzen und nicht von den davon etwa abweichenden Bestimmungen der CPO. abhängig, auch wenn die vereinbarte Unterwerfung unter das Schiedsgericht erst nach dem Inslebentreten der CPO. zur Anwendung gelangt (RG. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 119 und in D. J. Ztg. 1883 S. 11, Daubenspeck a. a. O. S. 38, 39). Auch auf das schiedsrichterliche Verfahren finden, wenn dasselbe vor dem 1. Oktober 1879 eröffnet ist, die älteren Bestimmungen Anwendung (vgl. § 18 d. EG. z. CPO.; RG. XV S. 357, Seuffert, Einl. z. Buch 10 Anm. 2).

5) Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte s. GO. f. RA. § 91 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2.

§ 851.

1) „Die Vereinbarung — solle" — Diese Worte enthalten eine Definition des Schiedsvertrags, welcher schon nach heutigem gem. Recht (s. Puchta, Pand. § 296, Windscheid, Pand. II § 415) direkt wie ein Vergleich wirkt, also Klage (s. Windscheid a. a. O. Anm. 8, 9, Förster (Eccius) I S. 267 Anm. 12) u. (gewöhnliche, nicht prozeßhindernde — s. § 247 Anm. 5, Seuffert, Arch. 37 Nr. 156) Einrede (exc. pacti) gewährt. Hierin besteht die „rechtliche Wirkung", von welcher § 851 spricht. (Vgl. Förster (Eccius) I S. 266.) Von Amtswegen darf die Vereinbarung nicht berücksichtigt werden (vgl. ROHG. 10 S. 391, RG. VIII S. 398).

Die Absicht, zu kompromittiren, muß aus dem Inhalt der Erklärung deutlich hervorgehen (vgl. ROHG. 2 S. 162, 17 S. 249). Es genügt aber z. B. die Unterwerfung unter die Schlußschein-Bedingungen der Berliner Mäkler (das. 2 S. 158) oder unter ein Statut (das. 17 S. 253; vgl. Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 115 Abs. 2). Ueber die Form des Schiedsvertrags s. § 853 Anm. 1.

Wegen der durch letztwillige Verfügung (Quasikontrakt) ꝛc. angeordneten Schiedsgerichte s. § 872.

2) — „einer Rechtsstreitigkeit" — Es muß ein streitiges Rechtsverhältniß vorliegen, welches durch den Schiedsspruch unmittelbar unter Rechtszwang geordnet werden soll. Die Rechtsstreitigkeit kann aber auch bezüglich einzelner Elemente (z. B. Grund oder Höhe des Anspruchs) durch Schiedsspruch erledigt werden; Fassung und Grund des Gesetzes steht nicht entgegen. (S. auch Wilm. Levy Anm. 2. A. M. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 185, anscheinend auch Hellmann, Lehrb. S. 1019.) Vgl. § 866 Anm. Das Rechtsverhältniß muß

ferner ein solches sein, über welches an sich die ordentlichen Gerichte nach den Vorschriften der CPO. zu entscheiden haben würden (vgl. § 871 Abs. 1 a. E.). Hierdurch ist das Gebiet der Zuständigkeit der besonderen Gerichte ausgeschlossen [so auch Endemann III S. 449, Petersen §§ 851—853 I 1, Wilm. Levy S. 1056, Gaupp III S. 556 u. A. A. M. Hellmann III S. 207]; desgleichen die Verwaltungsstreitsachen (s. d. allg. Bem. unter 3). — Nicht hierher gehören eben deshalb bloße Arbitratoren (im Gegensatze der arbitri), welche nach Bestimmungen des materiellen Rechts oder nach Maßgabe vertragsmäßiger Festsetzung einzelne Streitpunkte thatsächlichen Inhalts, z. B. hinsichtlich des Preises oder Werths oder der Höhe eines Schadens, durch ihr sachverständiges Urtheil zu erledigen haben. Die Vorschriften des materiellen Rechts rücksichtlich der letzteren werden, wie auch die Mot. bemerken, durch die CPO. nicht berührt. [Vgl. L. 76 D. pro socio (17, 2), L. 25 pr. D. loc. cond. (19, 2), § 1 J. III, 24; Preuß. ALR. I 5 §§ 72, 73, I 11 § 48; RG. VI S. 201, in Seuffert, Arch. 38 Nr. 15, 40 Nr. 106 u. in D. J. Ztg. 1883 S. 401, ROHG. 3 S. 75, 76, 4 S. 428 ff., 7 S. 31 ff., 8 S. 110, 16 S. 427, 18 S. 345 u. in Seuffert, Arch. 26 Nr. 29, Entsch. d. preuß. OT. 27 S. 450, Striethorst, Arch. 76 S. 348, Daubenspeck a. a. O. S. 10 Anm. 1.]

3) — „durch einen oder mehrere Schiedsrichter" — vgl. § 854 Anm. 1.

4) — „als die Parteien — schließen" — Die CPO. knüpft hier, was die subjektive und objektive Seite des Schiedsvertrags anlangt, im Allgemeinen lediglich an den innerlich verwandten Vergleich an.

„Streitigkeiten, über welche nach dem in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden materiellen Rechte ein Vergleich geschlossen werden darf, können Gegenstand eines Schiedsvertrages sein. Eine Aufzählung der Fälle, in denen der Schiedsvertrag ausgeschlossen ist — in ähnlicher Weise, wie sie der Code de proc. art. 1004 u. die Proz.-Ordn. v. Baden §§ 1063, 1064 u. Bayern Art. 1320 enthalten — erschien daher weder nothwendig noch ausführbar." (Mot.)

Die Möglichkeit eines Vergleichs ist aber nicht identisch mit der einer Verfügung; letztere trifft z. B. zu rücksichtlich rechtskräftig entschiedener Sachen, nicht die erstere (vgl. Wach I S. 68).

Besondere landesgesetzliche Bestimmungen hinsichtlich des Gegenstandes eines Schiedsvertrags (z. B. Preuß. AGO. I 2 § 168) sind also aufgehoben. Im Allgemeinen wird man nach § 851 davon ausgehen können, daß das Kompromiß (wie die prorogatio fori — § 40 Abs. 2) nur über vermögensrechtliche Ansprüche zulässig ist (vgl. § 21 Anm. 2; Förster (Eccius) I S. 267; so auch Puchelt II S. 733, Gaupp III S. 556, 557. A. M.: Fitting § 107 Anm. 36 hinsichtlich schriftlicher Schiedsverträge wegen § 871 Abs. 1, Sarwey II S. 356).

Auch in subjektiver Beziehung entscheidet die Analogie des Vergleichs (vgl. z. B. HGB. Art. 137, Preuß. ALR. I 13 § 102; 16 § 406).

„Die Fähigkeit der Parteien, einen Vergleich abzuschließen, begreift die Fähigkeit in sich, einen Schiedsvertrag einzugehen. Ist die erstere beschränkt oder von gewissen Voraussetzungen abhängig, so unterliegt der Schiedsvertrag denselben Beschränkungen oder Voraussetzungen. Bedarf daher z. B. der gesetzliche Vertreter zum Abschlusse eines Vergleichs einer Ermächtigung, so ist die gleiche Ermächtigung zur Eingehung eines Schiedsvertrags nothwendig (sächs. Civilgesetzbuch § 197, Bayer. PO. Art. 1321)." (Mot.)

Es besteht kein Grund, Fähigkeit und Befugniß zu trennen und rücksichtlich der letzteren auf das bürgerliche Recht zu verweisen. Der gesetzliche Vertreter gilt auch hier als Partei (vgl. § 50 Anm. 2). [Ebenso Puchelt a. a. O., Petersen §§ 851—853 I 2, Sarwey a. a. O., Endemann III S. 452, Gaupp III S. 557, Daubenspeck a. a. O. S. 18 Anm. 2, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 4 ꝛc.] Der Prozeßbevollmächtigte ist indessen zwar zum Vergleiche (§ 77), aber nicht zum Schiedsvertrage befugt, wie auch die Mot. für selbstverständlich erachten. Der Zweck der Prozeßvollmacht ist hier ohne besonderes Verbot (§ 79 Abs. 1) deutlich genug. Im Uebrigen sind hinsichtlich der Befugniß eines Bevollmächtigten zum Abschluß von

§ 852. Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

N. Entw. § 1156. Entw. I. § 763. Entw. II. § 780. Entw. III. § 793. Mot. S. 472. Prot. S. 443.

§ 853. Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen.

N. Entw. § 1157. Entw. I. § 764. Entw. II. § 781. Entw. III. § 794. Mot. S. 472, 473. Prot. S. 443.

§ 854. Ist in dem Schiedsvertrag eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

N. Entw. § 1158. Entw. I. § 765. Entw. II. § 782. Entw. III. § 795. Mot. S. 473. Prot. S. 443.

Schiedsverträgen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Kraft verblieben (z. B. Preuß. ALR. I, 13 § 101, Sächs. Bürg. GB. § 1917 2c.).

§ 852.

Es ist nicht erforderlich, daß zur Zeit des Schiedsvertrags schon ein Streit unter den Parteien besteht. Der deutschen Praxis folgend, läßt die CPO. vielmehr auch Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten unter den hier bezeichneten, mit denen des § 40 Abs. 1 übereinstimmenden Voraussetzungen zu (s. das. Anm. 1, § 863). Bestimmt ist das Rechtsverhältniß, wenn es zur Zeit des Abschlusses des Schiedsvertrags bereits besteht, und selbst ohne dieses Erforderniß, wenn es nur in seiner Individualität aus dem Schiedsvertrage genügend erkennbar ist (vgl. Wach I S. 68, Gaupp III S. 558, Dernburg I § 143 Anm. 5. A. M. Kroll, Klage und Einrede S. 13 Anm. 6). Kompromissarische Anordnungen dieser Art finden sich vielfach in Statuten von Korporationen und Gesellschaften, Schlußschein-Bedingungen usw. (vgl. § 851 Anm. 1, Mot. z. P. E. S. 331, Mot. z. Preuß. Entw. e. HGB. S. 588; sächs. BGB. § 331).

Unter die Streitigkeiten aus einem Vertrage fallen auch die wegen Aufhebung desselben auf Grund einer Vertragsverletzung (RG. in Gruchot, Beitr. XXVII S. 1053).

§ 853.

1) Die Form des Schiedsvertrags überläßt die CPO. den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Nach dem Code de proc. art. 1005, der Bayer. PO. Art. 1319 (s. auch Bayer. AG. z. CPO. u. KO. Art. 12), Bad. PO. § 1068 u. P. E. § 1363 ist Schriftform erforderlich. Das Gleiche nehmen die Mot. nach altpreuß. Rechte an; es kommt jedoch auf den Werth des Gegenstandes an (vgl. Preuß. ALR. I 5 § 131, ROHG. 17 S. 249, Daubenspeck a. a. O. S. 16). Sobald ein Handelsgeschäft vorliegt, genügt nach Art. 317 d. HGB. (wie nach gem. Recht überhaupt) der mündliche Abschluß. Vgl. Nordd. Prot. S. 2226 ff., 2240.

2) § 853 beschränkt sich darauf, da, wo ein mündlicher Schiedsvertrag gültig ist, jeder Partei das Recht auf schriftliche Fixirung einzuräumen. Dieselbe ist zwar zur Vollstreckung nicht erforderlich (vgl. § 868); sie kann jedoch, wie die Mot. hervorheben, wegen der §§ 863, 867 im Interesse einer Partei liegen. Vgl. auch § 871. Die Zwangsvollstreckung regelt sich nach § 774. (So auch Seuffert Anm. 2, Hellmann III S. 208 und Lehrb. S. 1020, Petersen §§ 851—853 I 2, Kleiner III S. 338, Gaupp III S. 559. A. M. früh. Aufl.) Indessen wird meistens die Feststellung nach § 231 genügen (vgl. Fitting § 107 Anm. 4 u. A.).

§ 854.

1) Abweichend vom kan. Recht (c. 12 in fine X de arbitr. I 43; anders nach röm. Recht: s. Windscheid a. a. O. § 416 Anm. 15, 17, Gruchot a. a. O. S. 17 ff.) sowie von dem Code de proc. art. 1006 ist die namentliche Bezeichnung der Schiedsrichter in dem Schiedsvertrage

§ 855. Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu thun.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

N. Entw. § 1159. Entw. I. § 766. Entw. II. § 783. Entw. III. § 796. Mot. S. 473. Prot. S. 443.

§ 856. Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

N. Entw. § 1160. Entw. I. § 767. Entw. II. § 784. Entw. III. § 797. Mot. — Prot. S. 443.

---

nicht erforderlich. Sie kann vielmehr einer der Parteien oder einem Dritten überlassen werden (s. Wach I S. 69, Seuffert, Arch. 13 Nr. 314, Gaupp III S. 559, 560, Endemann III S. 455 u. A.). Die CPO. geht jedoch noch über die preußische und selbst über die gemeinrechtliche Praxis (s. ROHG. 2 S. 271 ff., 160 ff., 7 S. 311, 10 S. 7; Entsch. d. preuß. OT. 10 S. 242 2c.) hinaus, indem sie einem Schiedsvertrage bindende Kraft selbst dann beilegt, wenn in demselben eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter überhaupt nicht — weder direkt noch indirekt — enthalten ist. Auch die Zahl der Schiedsrichter braucht nicht bestimmt zu sein. Das Gesetz ergänzt in diesem Falle die unvollständige Willenserklärung dem muthmaßlichen Willen der Vertragschließenden gemäß, indem es jeder Partei das Recht zur Ernennung eines Schiedsrichters beilegt, die unbestimmt gelassene Zahl der Schiedsrichter also auf zwei festsetzt.

2) Wegen der Annahme des Schiedsrichteramts s. § 857 Anm. 4.

§ 855.

1) Der § 855 regelt das Verfahren bei Ernennung der Schiedsrichter, wenn dieselbe, sei es nach Bestimmung des Vertrags oder kraft Gesetzes (§ 854), beiden Parteien zusteht. Die Bestimmung paßt nicht, wenn nach dem Vertrage nur ein Schiedsrichter zu bestimmen ist (s. Gaupp III S. 561, Kleiner III S. 339, 340), wohl aber, wenn mehr als zwei Schiedsrichter zu bestimmen sind.

Die Aufforderung muß, da der Schiedsrichter schriftlich zu bezeichnen ist, ebenfalls schriftlich erfolgen (so auch Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Brinkmann, Die Begründung der Klagen II S. 607), braucht aber nicht förmlich zugestellt zu werden. Wegen der Frist s. §§ 200—202.

2) Abs. 2: „Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist" — Dieselbe beginnt mit dem Empfang. Diesen Anfangstermin wird die betreibende Partei durch Postschein (über Absendung eines eingeschriebenen Briefs), Anerkenntniß oder sonst nachweisen müssen. Ueber den Antrag („Klage" — vgl. § 871) ist mündlich zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden. Solange die Verhandlung über die Klage nicht geschlossen ist, kann die Bezeichnung noch nachgeholt werden; § 209 Abs. 2 ist in dieser Beziehung entsprechend anzuwenden. (S. auch Siebenhaar S. 747 Anm. *). A. M.: Wilm. Levy Anm. 2, Gaupp III S. 561, Endemann III S. 457, Petersen §§ 854—857 Nr. 2 a. E.)

— „von dem zuständigen Gericht" — vgl. § 871.

§ 856.

Die Perfektion dieses durch einseitige Erklärung hergestellten Theils des Schiedsvertrags kann erst mit der Anzeige an den Gegner eintreten (P. E. § 1365), wobei es nicht auf den Zeitpunkt der Absendung bzw. Abgabe behufs Absendung (HGB. Art. 321), sondern auf das Eintreffen der Anzeige bei dem anderen Theile ankommt (vgl. Nordd. Prot. S. 2228).

§ 857. Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Uebernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

N. Entw. § 1163. Entw. I. § 769. Entw. II. § 785. Entw. III. § 798. Mot. S. 473, 474. Prot. S. 443.

§ 858. Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

---

§ 857.

1) Das einmalige Scheitern des Versuchs zur Konstituirung des Schiedsgerichts bzw. zur Herbeiführung des Schiedsspruchs entkräftet noch nicht den Schiedsvertrag. Das Gesetz eröffnet hier vielmehr einen Weg zur Konstituirung eines andern Schiedsgerichts. (Vgl. Nordd. Prot. S. 2230.)

2) — „nicht in dem Schiedsvertrage" — sondern nachträglich von einer der Parteien oder dem Gericht ernannten (vgl. §§ 854, 855). Ist der Schiedsrichter in dem Vertrage ernannt, so kommt die Bestimmung nicht zur Anwendung; das Kompromiß gilt vielmehr bei Wegfall oder Weigerung des Schiedsrichters als aufgehoben (vgl. § 859 Nr. 1).

3) — „oder aus einem anderen Grunde wegfällt" — z. B. wegen erfolgreicher Ablehnung (§ 858) oder Geisteskrankheit (Nordd. Prot. S. 2229).

4) — „oder die Uebernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert" — Es genügt die thatsächliche, wiewohl unbegründete Weigerung. Die Partei, welche den erforderlichen Vertrag mit dem Schiedsrichter (receptum arbitri) geschlossen hat, kann indessen letzteren auch durch Klage und Zwangsvollstreckung (nach § 774) zur Abgabe des Schiedsspruchs anhalten lassen. [Vgl. Petersen §§ 854—857 Nr. 1 a. E., Endemann III S. 458, Gaupp III S. 560, Daubenspeck a. a. O. S. 43 Anm. 2, jetzt auch Wilm. Levy § 854 Anm. 1.] Eine Verweigerung des Schiedsspruchs liegt nicht schon darin, daß die Schiedsrichter das bei ihnen eingeleitete Verfahren so lange sistiren, bis über ihre Zuständigkeit durch Urtheil des ordentlichen Richters entschieden sein werde (ROHG. 2 S. 164). Verzögerung berechtigt nur zur Ablehnung (§ 858 Abs. 2; anders § 859 Nr. 1). [So auch Seuffert Anm. 3. A. M. Uebel II S. 315.]

5) — „die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners" — Die Bestimmung ist nicht ganz vollständig. Sie wird auch in dem Falle anzuwenden sein, wenn nach § 855 Abs. 2 das Gericht den Schiedsrichter ernannt hat. Daß die Partei das erste Mal säumig geworden ist, berechtigt noch nicht zu der Voraussetzung, daß sie in dem hier vorausgesetzten Falle nochmals säumig sein werde. Die betreibende Partei hat also auch hier die Aufforderung wiederum an den Gegner zu richten. (Vgl. auch Endemann III S. 460, Gaupp III S. 562, Petersen §§ 854—857 Nr. 3. A. M.: Puchelt II S. 741, Seuffert Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 4, welche die anderweite Ernennung wiederum dem Gericht übertragen wollen.) In keinem Fall braucht der Gegner die Aufforderung abzuwarten, sondern wird derselben durch Bestellung eines anderen Schiedsrichters zuvorkommen dürfen.

Satz 2 stimmt wörtlich mit § 855 Abs. 2 überein.

§ 858.

1) Die CPO. hat in Ermangelung eines genügenden staatlichen Interesse davon abgesehen, die passive Wahlfähigkeit zum Schiedsrichteramte an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen bzw. gewissen Beschränkungen zu unterwerfen (vgl. Windscheid a. a. O. § 416 Anm. 10, P. E. § 1366, Bayer. P. O. Art. 1322), und sich damit begnügt, durch ein in weitem Umfange

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

N. Entw. § 1162. Entw. I. § 768. Entw. II. § 786. Entw. III. § 799. Mot. S. 474, 475. Prot. S. 443.

---

gestattetes Ablehnungsrecht Abhülfe gegen Irrthum und Mißbrauch zu gewähren (vgl. Mot. z. Preuß. Entw. e. HGB. S. 589). In eigener Sache kann aber Niemand Schiedsrichter sein; um diesen Grundsatz geltend zu machen, bedarf es keiner Ablehnung (Puchelt II S. 742, Gaupp III S. 563, ROHG. 21 S. 84). Auch Kinder und Geisteskranke sind selbstverständlich unfähig (s. Dernburg I S. 327, Daubenspeck a. a. O. S. 34 u. A.). Ausländer sind nicht ausgeschlossen (vgl. § 868 Anm. 1) und ebensowenig Analphabeten. (So auch Wilm. Levy Anm. 3. A. M.: Petersen § 858 Nr. 2, Sarwey II S. 360, Kleiner III S. 343 wegen § 865.)

„Im Allgemeinen kann man nur verlangen, daß die Schiedsrichter einer vernünftigen Ueberlegung und Willenserklärung fähig sein müssen. Im Uebrigen muß man den Parteien überlassen, denjenigen zu wählen, welchem sie ihr Vertrauen schenken wollen, und die Einsicht und die Befähigung der von ihnen gewählten Personen zu würdigen." (Mot.)

2) Abs. 1: Die Gründe bzw. Voraussetzungen ergeben sich aus den §§ 41—43. Bei erlittener Bestrafung kommt es, abgesehen von Abs. 3, auf die Umstände des Falles an (vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 40 Nr. 169). Haben die Parteien oder die ernennende Partei den Ablehnungsgrund gekannt, so ist anzunehmen, daß sie auf dessen Geltendmachung verzichtet haben. Dieser Grund gilt nicht blos im Fall der namentlichen Ernennung im Vertrage, für welchen derselbe von dem Reg.-Vertreter in der RTK. anerkannt worden ist, sondern auch im Falle des § 854. Vgl. §§ 43 Anm. 1, 44 Abs. 4, N. E. § 1162 Abs. 3. (Ebenso Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 858 Nr. 3, Sarwey II S. 360, Gaupp III S. 564 u. A. A. M. Puchelt II S. 743. S. auch Hellmann III S. 212.) Andererseits ist auch in beiden Fällen die Ablehnung aus einem nachträglich entstandenen oder der Partei bekannt gewordenen Grunde zulässig. (Ebenso Seuffert, Petersen, Gaupp a. a. O., Endemann III S. 462. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche § 858 auf die im Vertrage ernannten Schiedsrichter überhaupt nicht beziehen wollen.)

3) Abs. 2: — „ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter" — Ist derselbe im Vertrage ernannt, so ist der Schiedsvertrag aufgehoben (§ 859 Nr. 1). Ueber den Fall der Verweigerung s. § 857 Anm. 4.

4) Abs. 3: Auch in diesen Fällen besteht also keine Unfähigkeit (Ausschließung).

„Personen, welchen — aberkannt sind" — Das StrGB. §§ 33, 34 bezeichnet diese Wirkung nicht. (Vgl. Förster (Eccius) I S. 268.)

Oeffentliche Behörden als solche, selbst Gerichte, sind, wie auch die Mot. hervorheben, weder unfähig noch ablehnbar. [Vgl. RG. XIII S. 407, Wach I S. 70, ROHG. 2 S. 162, Striethorst, Arch. 60 S. 134 ff., Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 361, Gaupp III S. 563, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. Dernburg a. a. O. Anm. 17 u. Förster (Eccius) I S. 268 Anm. 14 legen den Vertrag dahin aus, daß die jeweiligen Vertreter der Behörde entscheiden sollen. Dies ist aber Sache der Auslegung (vgl. Wach a. a. O.). Das Kompromiß auf den Gerichts-Vorsitzenden erklärt für gültig ROHG. 17 S. 252. S. auch das. 2 S. 269. Strenger: Striethorst, Arch. 38 S. 12 und hinsichtlich der Gerichte Mot. z. P. E. S. 331, Nordd. Prot. 2218 ff.] Ob sie das Schiedsrichteramt übernehmen dürfen, bestimmt sich nach dem inneren Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten. In Preußen ist es den Gerichten nicht gestattet (Entsch. d. OT. 78 S. 128; s. jedoch das. 51 S. 355).

5) Das Ablehnungsgesuch wird in Form einer Klage bei dem in § 871 bezeichneten Gerichte anzubringen sein, welches darüber nach kontradiktorischer Verhandlung entscheidet — vorbehaltlich der gewöhnlichen Rechtsmittel. Die §§ 44 Abs. 1—3, 45, 46, 371 finden darauf nicht einmal entsprechende Anwendung (vgl. RG. XIII S. 349). Selbstverständlich wird die Ablehnung aber auch vor dem Schiedsgerichte selbst — vor der Einlassung (§§ 43, 44

§ 859. Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist:

1. wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Uebernahme des Schiedsrichteramts verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;
2. wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.

N. Entw. § 1163. Entw. I. § 769. Entw. II. § 787. Entw. III. § 800. Mot. S. 474—476. Prot. S. 443.

Abs. 4) — geltend gemacht werden können (§ 45 i. A.). Hat dieselbe Erfolg, fällt also der betreffende Schiedsrichter weg, so kommen je nach Unterschied der Fälle die §§ 857, 859 Nr. 1 zur Anwendung. Hat der mit Recht abgelehnte Schiedsrichter dennoch theilgenommen, so findet die Aufhebungsklage statt (vgl. §§ 513 Nr. 3, 541 Nr. 3, 867 Anm. 2), oder auch eine Einrede gegen das Vollstreckungsurtheil. [Vgl. auch Seuffert Anm. 4, Endemann III S. 464, Wilm. Levy Anm. 1 a. E. u. A.]

§ 859.

Vgl. die allg. Bem. z. 10. Buch unter 2 u. § 857 Anm. 1—4.

1) Nr. 1: Es genügt der Tod oder sonstige Wegfall rc. eines einzigen von mehreren im Vertrage namentlich bezeichneten Schiedsrichtern, um den Vertrag zu entkräften. (Vgl. Striethorst, Arch. 3 S. 35, Gruchot, Beitr. XVI S. 28 ff.) Anders nach § 857 im Falle des § 854.

„Trifft auch der Entw. in weitem Umfange ergänzende Vorschriften, wenn in dem Schiedsvertrage nicht bestimmte Personen zu Schiedsrichtern ernannt sind, so hat er es doch umgekehrt nicht für gerechtfertigt gehalten, derartige Vorschriften auch für den Fall zu erlassen, daß in dem Schiedsvertrage die Ernennung bestimmter Personen erfolgt ist. Denn in diesem Falle muß angenommen werden, daß die Kompromittenten wollen, der Schiedsspruch solle nur durch die ernannten Schiedsrichter abgegeben werden. Fällt daher einer der ernannten Schiedsrichter weg oder unterzieht er sich nicht der ihm angetragenen oder von ihm übernommenen Funktion, so muß der Schiedsvertrag außer Kraft treten, sofern nicht für den betreffenden Fall durch Vereinbarung der Kompromittenten Vorsorge getroffen ist". (Mot.)

— „aus einem andern Grunde wegfällt" — vgl. § 857 Anm. 3.

2) Ueber den Einfluß des Todes oder des Konkurses einer der Parteien ist ichtsn bestimmt. Die Mot. sagen aber:

„Der Tod einer Partei, welcher nach gemeinem Rechte, sofern der Vertrag nicht auf die Erben erstreckt ist, und nach dem Code de proc. art. 1315, sofern nicht alle Erben großjährig sind, den Vertrag aufhebt, kann umsoweniger als Grund der Aufhebung gelten, je mehr die Rechtsverhältnisse, aus welchen der zu entscheidende Streit entsteht, ohne Rücksicht auf die Person der Berechtigten den Schiedsvertrag veranlassen. Auf dem Standpunkte des Entw. stehen die Bayer. PO., der Preuß. Entw. e. HGB. (Mot. S. 592), d. P. E. (Mot. S. 332), d. N. E. (Prot. S. 2231) und der belg. Entw. Gleiche Gründe sprechen gegen die Aufhebung des Schiedsvertrages durch den Konkurs einer Partei (Nordd. Prot. S. 2231)."

Der Schiedsvertrag bleibt also bestehen, sofern nicht aus dessen Inhalt hervorgeht, daß er auf die Personen der Kontrahenten beschränkt bleiben solle. Ansprüche an den Gemeinschuldner, soweit sie als Konkursforderungen geltend gemacht werden sollen, unterliegen jedoch dem gewöhnlichen Anmeldungs- und Feststellungsverfahren. (Vgl. auch Förster (Eccius) I S. 269, Daubenspeck a. a. O. S. 45. A. M. Dernburg I S. 329.)

3) — „oder die Uebernahme des Schiedsrichteramts verweigert" — vgl. § 857 Anm. 4.

— „oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt" — Das Gesetz

§ 860. Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältniß zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

N. Entw. § 1164. Entw. I. § 770. Entw. II. § 788. Entw. III. § 801. Mot. S. 476, 477. Prot. S. 443.

---

unterscheidet nicht zwischen berechtigtem und unberechtigtem Rücktritt bzw. grundloser oder unberechtigter Weigerung der „Ausführung des Schiedsrichteramts". Ob der Schiedsrichter auch durch Klage und Zwangsvollstreckung nicht zum Spruch vermocht werden kann, braucht daher nicht erprobt zu werden (vgl. § 857 Anm. 4; Entsch. d. preuß. OT. 19 S. 96, Striethorst, Arch. 27 S. 162). [S. auch Förster (Eccius) I S. 269 Anm. 16, Dernburg I § 143 Anm. 23, Wilm. Levy Anm. 2, Endemann III S. 459, 465, Gaupp III S. 562 u. A.]

4) — „oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert" — abweichend von § 857 (s. das. Anm. 4). Wann eine ungebührliche Verzögerung anzunehmen, bestimmt sich nach richterlichem Ermessen, da eine Frist nicht festgesetzt ist. Vgl. übrigens § 858 Anm. 3.

5) Nr. 2: Abweichend vom gem. und vom preuß. Recht (vgl. L. 32 § 13, L. 17 §§ 4—7 D. de receptis (4, 8), Windscheid a. a. O. § 416 Anm. 9, Preuß. AGO. I 62 § 170; sächs. BGB. § 1423) ist, abgesehen von ausdrücklicher Ermächtigung, den Schiedsrichtern bei Stimmengleichheit nicht das Recht zur Wahl eines Obmanns beigelegt. Auch das Gericht hat nicht ein solches Recht (anders Bayer. PO. Art. 1355, Bad. PO. § 1077). Die Stimmengleichheit der Schiedsrichter hat vielmehr die Unausführbarkeit und damit das Erlöschen des Schiedsvertrags zur Folge. Dasselbe Resultat muß eintreten, wenn absolute Mehrheit nicht zu erreichen ist. Vgl. § 864. (Ebenso Petersen § 859 Nr. 2, Wilm. Levy Anm. 2, Endemann III S. 466, Gaupp III S. 567, Daubenspeck a. a. O. S. 35 Anm. 2 u. A. Ueber die praktische Bedeutung der Vorschrift s. Dernburg I § 144 Anm. 8.) Wegen bloßer Differenzen in Summen ist GVG. § 198 Abs. 2 entsprechend anzuwenden (Endemann, Petersen a. a. O. u. A. A. M. Hellmann III S. 214).

§ 860.

1) Während manche Gesetzgebungen in Ermangelung abweichender Vereinbarung den Schiedsrichter verpflichten, nach den Prozeßgesetzen und dem bürgerlichen Recht (Preuß. AGO. I 2 § 171, Code de proc. art. 1009, 1019, Bayer. PO. 1332 2c.) oder doch nach dem letzteren (Bad. PO. § 1075, P. E. § 1372) sich zu richten, überläßt die CPO. [in Uebereinstimmung mit dem N. E. § 1164 (s. Nordd. Prot. S. 2234) u. dem belg. Entw. Art. 8] im Allgemeinen sowohl das Verfahren wie die materiellen Grundsätze, auf welchen die Entscheidung beruht, dem freien Ermessen des Schiedsgerichts (vgl. auch Wach I S. 73, Seuffert, Arch. 25 Nr. 107, Windscheid a. a. O. § 416 Anm. 1). Ausnahmen hiervon gelten nur für die in Abs. 1 bzw. in § 867 Nr. 3—5 bezeichneten fundamentalen Prozeßregeln (und auch für diese nicht unbedingt) sowie in Folge abweichender Vereinbarung. Eine Konsequenz ist, daß der Schiedsspruch niemals durch die gewöhnlichen Rechtsbehelfe (Berufung, Einspruch), sondern nur auf dem in den §§ 867, 868 Abs. 2, 869 bezeichneten Wege angegriffen werden kann. Eine entgegenstehende Vereinbarung (Vorbehalt) macht den Schiedsvertrag unwirksam (vgl. ROHG. 2 S. 165, OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 37 Nr. 176).

2) Abs. 1: — „die Parteien zu hören" — Ist dies nicht geschehen, und sind die Schiedsrichter auch nicht von Befolgung dieser Vorschrift durch Vereinbarung der Parteien entbunden, so findet die Aufhebungsklage statt (§ 867 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 2). Die Form des Gehörs — ob schriftlich oder mündlich — ist nicht vorgeschrieben.

3) — „das dem Streite — ermitteln" — also nöthigenfalls den Beweis aufzunehmen

§ 861. Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieides sind die Schiedsrichter nicht befugt.

N. Entw. § 1165. Entw. I. § 771. Entw. II. § 789. Entw. III. § 802. Mot. S. 477, 478. Prot. S. 443–445.

(vgl. §§ 861, 862); jedoch ist bei Nichtbefolgung nicht die Aufhebung des Schiedsspruchs zulässig. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil in dieser Hinsicht alles dem Ermessen des Schiedsgerichts überlassen ist („soweit — — für erforderlich erachten").

Ein gesetzlicher Versäumnißnachtheil kommt nicht zur Anwendung, und ebensowenig sind die auf das Versäumnißverfahren bezüglichen Vorschriften maßgebend. Denn das Schiedsgericht kann in Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien überhaupt keine unmittelbar zwingenden Ladungen, Anordnungen ꝛc. erlassen. Indessen hat dasselbe frei zu beurtheilen, welche Bedeutung dem Nichterscheinen bzw. Nichthandeln beizulegen ist. (Vgl. auch Wach I S. 73 Anm. 32, Endemann III S. 468, Wilm.-Levy Anm. 1, Daubenspeck a. a. O. S. 57. A. M. Dernburg I § 144 S. 329, wonach Versäumnißfolgen wirksam angedroht werden können.)

„Die Nichteinlassung einer Partei darf auf die Verpflichtung der Schiedsrichter keinen Einfluß üben, das Sachverhältniß, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, zu ermitteln, unbeschadet ihrer Befugniß, bei Feststellung des Sach- und Streitstandes auf die Nichteinlassung der einen Partei die nach den Umständen des Falls gerechtfertigte Rücksicht zu nehmen (Mot. z. P. E. S. 333, Nordd. Prot. S. 2233). Der P. E. § 1370 hat diesen Konsequenzen des im § 860 angenommenen Prinzips Ausdruck gegeben. Der Entw. hat die Hervorhebung derselben als selbstverständlich unterlassen (Nordd. Prot. S. 2280) und aus demselben Grunde davon Abstand genommen, mit der Bayer. PO. Art. 1341 und mit dem P. E. § 1374 auszusprechen, daß der Einspruch im schiedsrichterlichen Verfahren nicht stattfinde." (Mot.)

4) Abs. 2: „In Ermangelung einer Vereinbarung" — Diese hat in Allem freie Hand, was nicht mit dem Wesen des Staatsgerichts unlösbar zusammenhängt und nicht in dem vorliegenden Buche unbedingt vorgeschrieben ist (vgl. Abs. 1 u. oben S. 127 unter 2). Die Verletzung einer solchen Vereinbarung gewährt aber nicht die Aufhebungsklage (§ 867).

§ 861.

1) Abs. 1: Das Schiedsgericht hat keine Zwangsrechte gegen Zeugen und Sachverständige. Es darf diese nicht laden (so auch Puchelt II S. 751, Seuffert Anm. 1 u. A. A. M. Daubenspeck a. a. O. S. 58 Anm. 2), auch nicht das Gericht um ihre Abhörung ersuchen (so auch Seuffert § 862 Anm. 1. A. M.: v. Bülow § 862 Anm. 1, Daubenspeck a. a. O. S. 58). Erscheinen sie nicht freiwillig (auf Veranlassung der Parteien), so hat sich das Schiedsgericht auf die Bestimmung, daß und worüber sie zu hören, (einschließlich der Auswahl und Bestimmung der Zahl der Sachverständigen — §§ 369, 370) zu beschränken. Die Erledigung erfolgt nach § 862. (Vgl. Nordd. Prot. S. 2233.)

2) Abs. 2: Eide, einschließlich der Parteieide, darf das Schiedsgericht auch dann nicht abnehmen, wenn die betreffenden Personen zu schwören bereit sind. Auch hier hat dasselbe nur den Beweissatz, und wer zu schwören habe, zu bezeichnen und das Weitere den Parteien nach § 862 zu überlassen.

Ein nichtsdestoweniger von dem Schiedsgerichte angenommener Eid berechtigt zwar nicht, wie der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. meinte, zur Aufhebungsklage (§ 867 Nr. 1 Anm. 2; s. auch Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 860—863 II 1, Sarwey II S. 368, Gaupp III S. 570. A. M.: Wilm.-Levy Anm. 1, Puchelt II S. 759, Hellmann III S. 217, Endemann III S. 470), zieht aber nicht die Meineidsstrafe nach sich.

3) Andere Prozeßhandlungen als die in Abs. 2 bezeichneten (z. B. Augenschein, Editionsverfahren gegenüber dem Gegner, Schriftvergleichung) dürfen die Schiedsrichter vornehmen. Sie besitzen aber kein Zwangsrecht gegenüber Dritten; ein Dritter (auch eine öffentliche Behörde) kann

§ 862. Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

N. Entw. § 1166. Entw. I. § 772. Entw. II. § 790. Entw. III. § 803. Mot. S. 477, 478. Prot. S. 443—445.

---

daher nur gemäß § 862 Abs. 2 genöthigt werden, eine Urkunde vorzulegen, und zwar ausschließlich dem ordentlichen Gerichte (§§ 394, 397 Abs. 3). [So auch Petersen §§ 860—863 II 2. A. M. in letzterer Hinsicht Puchelt II S. 751.]

§ 862.

1) Abs. 1: „Eine — nicht befugt sind" — vgl. z. B. § 861 Anm. 1—3. Hierher gehört auch das Editionsverfahren (§§ 386—392), überhaupt alle Handlungen, welche dem Richter nach der CPO. zustehen, zu welchen aber dem Schiedsrichter die erforderliche Zwangsgewalt fehlt.

2) — „auf Antrag einer Partei" — nicht des Schiedsgerichts, welchem ein Ersuchen um Rechtshülfe nicht zusteht. Vgl. § 861 Anm. 1.

— „sofern der Antrag für zulässig erachtet wird" — Ueber den Antrag ist gemäß der in § 119 Anm. 4 unter a bezeichneten Regel stets nach kontradiktorischer Verhandlung vor dem Gerichte, welches hier über die Zulässigkeit des Antrags erkennt, zu entscheiden. (Ebenso Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 860—863 II 3, Sarwey II S. 364, Gaupp III S. 571, Kleiner III S. 352, Daubenspeck a. a. O. S. 58 Anm. 3. A. M.: Wilm. Levy Anm. 1, Endemann III S. 472, 473, Hellmann III S. 217 u. Lehrb. S. 1023, v. Bülow Anm. 1, Puchelt II S. 752, welcher mit Unrecht auf die Analogie des § 451 Abs. 1 sich beruft.) Die Ladung erfolgt gemäß § 191 durch die betreibende Partei, der Antrag ist wie eine Klageschrift zu behandeln und unterliegt, wenn er an ein Landgericht geht, dem Anwaltszwang. Das Gericht kann ohne besondere Gründe, z. B. wegen Bedenken gegen die Eidesnorm oder hinsichtlich der Zuständigkeit die Erledigung des Antrags nicht ablehnen (vgl. Mot. z. P. E. S. 333, 334, Nordd. Prot. S. 2233, 2234). Beim Ausbleiben der einen oder anderen Partei findet Versäumnißurtheil nach den §§ 295, 296 statt. Gegen letzteres ist Einspruch, gegen ein kontradiktorisches Urtheil Berufung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig.

— „von dem zuständigen Gerichte" — d. h. dem nach allgemeinen Grundsätzen zur Entscheidung des Rechtsstreits sachlich und örtlich berufenen, nicht unbedingt dem in § 871 bezeichneten Gerichte. (Ebenso Hellmann III S. 217, Sarwey II S. 364, v. Bülow Anm. 2. A. M.: Seuffert, Petersen, Gaupp u. Wilm. Levy a. a. O., Endemann III S. 472, Fitting § 107 Anm. 35 u. A.) Dasselbe kann unter den gewöhnlichen Voraussetzungen (s. z. B. §§ 337, 340, 367, 441) einen Richter beauftragen oder ersuchen.

3) Abs. 2: Das Gericht besorgt die Ladung (§§ 342 ff., 367), und hieran knüpfen sich eventuell die in den §§ 352, 355, 374 bezeichneten Anordnungen. Die Fälle des Ausbleibens (§§ 345, 346, 374) sind in dieser Beziehung ebenso wie eine „Verweigerung" zu behandeln. Ein Versäumnißverfahren gegen eine Partei findet nicht statt. Nach beendigter Prozedur bleibt es Sache der Parteien, sich Abschriften der Verhandlungen ertheilen zu lassen und dem Schiedsgericht einzureichen.

4) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 2 (in der neueren Fassung), 39 Abs. 1, GO. f. RA. §§ 22, 91 Abs. 2.

§ 863. Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei.

N. Entw. § 1167. Entw. I. § 773. Entw. II. § 791. Entw. III. § 804. Mot. S. 478. Prot. S. 445.

§ 864. Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern zu erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein Anderes bestimmt.

N. Entw. § 1168. Entw. I. § 774. Entw. II. § 792. Entw. III. § 805. Mot. — Prot. S. 445.

§ 865. Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrich-

---

§ 863.

1) Der § 863 erledigt die Streitfrage, ob das Schiedsgericht über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden befugt ist, in bejahendem Sinne (vgl. auch ROHG. 2 S. 199, 8 S. 227, 12 S. 423). Freilich ergeht die Entscheidung nur in den Gründen des Schiedsspruchs. Ob dies zulässig, war aber eben Gegenstand des Streits (wie Petersen §§ 860—863 III zu übersehen scheint). Das Schiedsgericht kann jedoch jene Entscheidung über die Zuständigkeit auch dem ordentlichen Gerichte überlassen (ROHG. 2 S. 158). Welcher von beiden Wegen der zweckmäßigere, unterliegt lediglich der Beurtheilung des Schiedsgerichts, gleichviel wann der Einwand erhoben wird (vgl. Nordd. Prot. S. 2232). Die definitive Entscheidung über letzteren verbleibt selbstverständlich dem Gerichte, sobald die Sache in zulässiger Weise an dasselbe gelangt, sei es mittels Wiederholung des Einwandes gegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils, sei es mittels Klage nach §§ 867 Nr. 1, 871. Die Entschließung des Schiedsgerichts ist also nur eine vorläufige (vgl. RG. XIII S. 349).

„Die Interessen der Partei, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens geltend macht, können durch die Fortsetzung nicht geschädigt werden. Eine dieser Partei günstige Entscheidung der Vorfrage durch das zuständige Gericht würde zur Aufhebung des Schiedsspruchs (§ 867 Nr. 1) führen und die Erlassung des Vollstreckungsurtheils (§ 868 Abs. 2) hindern müssen." (Mot.)

2) Die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens ist der allgemeine Begriff; die übrigen Fälle sind Beispiele („insbesondere").

— „daß — bestehe" — von vornherein (z. B. wegen unsittlichen Inhalts, Dolus einer der Parteien usw.; vgl. §§ 851, 853) nicht vorhanden oder später aufgehoben sei (§ 859).

— „daß — beziehe — vgl. § 852.

— „oder — nicht befugt sei" — z. B. nicht gehörig ernannt (§§ 854—857) oder mit Erfolg abgelehnt (§ 858). Daß auch der letztere Fall hierher gehört, ist vom Reg.-Vertreter v. Amsberg in der RTK. auf Anfrage bestätigt.

§ 864.

Der § 864 enthält eine Auslegungsregel. Vgl. GVG. § 198 Abs. 1 (Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden — s. § 859 Anm. 5).

Wegen der Folgen, wenn die absolute Mehrheit nicht erreicht wird, s. § 859 Anm. 5.

§ 865.

1) § 865 bestimmt die Form des Schiedsspruchs, dessen Zustellung und Niederlegung, ohne welche das Vollstreckungsurtheil (s. § 868) nicht erlassen werden darf.

„Die Zustellung des Schiedsspruchs an die Parteien in einer von den Schiedsrichtern

tern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

N. Entw. § 1169. Entw. I. § 775. Entw. II. § 793. Entw. III. § 806. Mot. S. 478. Prot. S. 445.

§ 866. Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils.

N. Entw. § 1171. Entw. I. § 776. Entw. II. § 794. Entw. III. § 807. Mot. S. 478. Prot. S. 445.

---

unterschriebenen Ausfertigung sowie die Niederlegung desselben auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts bieten eine Garantie für die Authentizität des Spruchs und konstatiren in geeigneter Weise den formellen Abschluß des Verfahrens" (Mot.).

Die Unterschrift bzw. Unterzeichnung (s. § 858 Anm. 1 a. E.) ist wesentlich. Stirbt ein Schiedsrichter vorher, oder wird er willensunfähig, so ist der Schiedsspruch nicht vorhanden (§ 286 Abs. 1 ist nicht anwendbar). [So auch Endemann III S. 478, Sarwey II S. 366, 368, Petersen §§ 864, 865 Nr. 2, Gaupp III S. 576, Wilm. Levy Anm. 1, Daubenspeck a. a. O. S. 73 u. A. A. M. Puchelt II S. 755.]

Die Zustellung der Ausfertigung (s. § 156 Anm. 2) — eine (selbst beglaubigte) Abschrift genügt nicht (RG. XIII S. 431) — erfolgt nicht, wie gewöhnlich, auf Betreiben der Parteien (§ 288 Abs. 1), sondern ist von den Schiedsrichtern herbeizuführen. (So auch RG. V S. 397 ff., Wach I S. 74, Petersen §§ 864, 865 Nr. 3, Endemann II S. 478, Sarwey II S. 366, jetzt auch Seuffert Anm. 2. A. M. Möller in Busch, Zeitschr. V S. 281 ff.) Eine Zustellung ist stets erforderlich, um die in § 866 bezeichnete Wirkung hervorzubringen, auch wenn eine Verkündung stattgefunden hat (vgl. § 283 Anm. 2). Bis zur Zustellung kann daher auch noch eine Aenderung durch die Schiedsrichter bewirkt werden (Daubenspeck a. a. O. S. 72). Ueber das Verfahren s. §§ 156 Anm. 2, 173 Anm. 1.

Die Nichtbeobachtung der Vorschriften des § 865 hat jedoch nicht die Nichtigkeit des Schiedsspruchs zur Folge, sondern nur die Abweisung der Klage auf das Vollstreckungsurtheil (RG. V S. 400, OLG. Köln in Busch, Zeitschr. VII S. 116).

— „den Parteien" — Als solche gelten auch die Vertreter der Parteien im schiedsgerichtlichen Verfahren; die Schiedsrichter haben in dieser Beziehung die Wahl (RG. XIII S. 430 u. im RAnz. 1886 b. Beil. 5 S. 310).

Auch die Niederlegung ist Sache des Schiedsgerichts (s. § 871 Abs. 2), und zwar ist die Urschrift des Schiedsspruchs mit der Urschrift der Zustellungsurkunde niederzulegen (vgl. RG. X S. 400). Auf die den Parteien zu übergebenden Ausfertigungen wird nur Abschrift der Zustellungsurkunde gesetzt. Eine Frist für die Niederlegung ist nicht bestimmt (vgl. Mot. z. P. E. S. 334).

2) Der Schiedsspruch muß (in Ermangelung abweichender Uebereinkunft) mit Gründen versehen sein (s. § 867 Nr. 5; vgl. §§ 284, 286; ROHG. 10 S. 310).

3) — „des zuständigen Gerichts" — vgl. § 862 Anm. 2. Die Wahl, welche hier das Schiedsgericht unter mehreren der in § 871 bezeichneten Gerichte trifft, ist für die Zuständigkeit hinsichtlich der dort bezeichneten Klagen entscheidend (s. § 871 Anm. 3). Dagegen entscheidet nicht umgekehrt die Prävention des § 871 (s. das. Abs. 2) über das Wahlrecht nach § 865 (s. Gaupp III S. 584. A. M. Sarwey II S. 371).

§ 866.

§ 866 handelt von der Wirkung des Schiedsspruchs, welche in der Nordd. Prozeß-Komm. streitig war (Nordd. Prot. S. 2235 ff.). Dieselbe ist der des gerichtlichen Urtheils ähnlich (vgl. Wach I S. 74 ff.).

„Der Schiedsspruch erledigt materiell den Rechtsstreit in ähnlicher Weise wie ein von einem Gerichte erlassenes, rechtskräftig gewordenes Urtheil. Der § 866 legt daher in Uebereinstimmung mit d. Bayer. PO. Art. 1837, d. P. E. § 1377 u. d. N. E. § 1171

§ 867. Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:
1. wenn das Verfahren unzulässig war;
2. wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurtheilt, deren Vornahme verboten ist;
3. wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
4. wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;
5. wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;
6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des §. 543 die Restitutionsklage stattfindet.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter Nr. 4, 5 erwähnten Gründen nicht statt, wenn die Parteien ein Anderes vereinbart haben.

N. Entw. § 1172. Entw. I. § 777. Entw. II. § 795. Entw. III. § 808. Mot. S. 478, 479. Prot. S. 445.

---

dem Schiedsspruche unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils bei." (Mot.)

Der Schiedsspruch begründet hiernach unter den Parteien (nicht gegen Dritte, selbst in den Fällen des § 66) — abweichend vom röm. Recht (Windscheid a. a. O. § 415 Anm. 2) — die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache in dem in § 293 bestimmten Umfange. Wegen ausländischer Schiedssprüche gilt keine Ausnahme s. § 868 Anm. 1. Ein Schiedsspruch, welcher sich vertragsmäßig auf den Grund des Anspruchs beschränkt (vgl. § 851 Anm. 2), hat die Kraft eines Zwischenurtheils nach § 276 (Daubenspeck a. a. O. S. 83). Für Schiedssprüche über andere Urtheils-Elemente sind die §§ 231, 275 entsprechend anzuwenden (vgl. § 851 Anm. 2).

Aus § 866 folgt nicht, daß dem Revisionsrichter in gleicher Weise wie bei der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache (vgl. § 293 Anm. 8) die freie Prüfung zusteht, ob in einem Schiedsspruch alle dem Schiedsgerichte vorgelegten Fragen entschieden seien (RG. VIII S. 377).

In formeller Hinsicht vgl. §§ 867, 868.

§ 867.

1) Der einzige, abgesehen von §§ 868, 869, gegen einen Schiedsspruch zulässige Rechtsbehelf (vgl. § 860 Anm. 1, 3, OLG. Karlsruhe in Seuffert, Arch. 37 Nr. 176) hat im Wesentlichen die Natur der Nichtigkeits- und der Restitutionsklage (§§ 541 ff.), deren Grundsätze jedoch manche Modifikationen und Ergänzungen erfahren haben. Auch eine vertragsmäßige Festsetzung eines anderen Rechtsmittels, insbesondere der Berufung, ist, weil gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts verstoßend, unzulässig; ein Vorbehalt desselben macht daher den ganzen Schiedsvertrag ungültig. (So auch Wilm. Levy § 866 Anm. 1, Daubenspeck a. a. O. S. 93.) Dagegen lassen sich die §§ 290, 292 entsprechend anwenden (vgl. Daubenspeck a. a. O. S. 63, Wilm. Levy § 866 Anm. 1 a. E.).

2) Nr. 1: Dieser Aufhebungsgrund ist dem schiedsrichterlichen Verfahren eigenthümlich, da er die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens betrifft, welche der Prüfung der ordentlichen Gerichte unterliegen muß (vgl. § 863 Anm. 1).

„Denn da der Schiedsspruch seine Kraft nicht der Autorität eines durch den Staat eingesetzten Gerichts, sondern der Vereinbarung der Parteien entnimmt, so hängt seine Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs entspricht. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist dem Schiedsspruche die Grundlage entzogen. Der § 867 Nr. 1 begnügt sich damit, das Prinzip auszusprechen, und überläßt es der Theorie und Praxis, die Konsequenzen zu ziehen. Fingerzeige für die Interpretation enthalten die Beispiele des § 863." (Mot.)

Der Hauptfall ist die Ungültigkeit bzw. Hinfälligkeit des Schiedsvertrags oder dessen Nichtanwendbarkeit auf den vorliegenden Rechtsstreit bzw. auf einzelne Streitpunkte desselben (RG. VIII S. 379). Ferner gehört dahin die Verletzung der Vorschriften von der Besetzung des Schiedsgerichts (§§ 854—856). Abgesehen hiervon sind die Vorschriften in § 542 Nr. 1 u. 2 hier nicht entsprechend anzuwenden. Wohl aber fällt § 542 Nr. 3 unter die Nr. 1 (vgl. § 863 Anm. 2). Dies besonders hervorzuheben, hat die Redaktionskommission der RTK., deren Erwägung die Frage überlassen wurde, nicht für erforderlich gehalten. Eine bloße Verletzung von Vorschriften des Verfahrens (§ 860) dagegen macht, abgesehen von Nr. 3—5, „das Verfahren" nicht „unzulässig". Der Ausdruck des Gesetzes kann, wie ein Vergleich mit § 863 („die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens") und die Entstehungsgeschichte bestätigt (s. P. E. § 1378, N. E. § 1172, Norbd. Prot. S. 2257, 2282, 2283), nur auf das Verfahren im Ganzen bezogen werden, und dagegen kann die auf das Gegentheil hindeutende Fassung der Mot. „das schiedsrichterliche Verfahren — — den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs nicht entspricht" nicht in Betracht kommen. Vgl. §§ 860 Anm. 4, 861 Anm. 2. (Ebenso Wach I S. 76 ff., Seuffert Anm. 2, Sarwey II S. 367, Petersen §§ 866—870 III 3, Gaupp III S. 573 ff., 578. A. M.: Puchelt II S. 759, Wilm. Levy Anm. 2 u. § 861 Anm. 1, Uebel II S. 323, Endemann III S. 481 ff., Hellmann III S. 221 ff. u. Lehrb. S. 1024 ff., Kleiner III S. 357, Daubenspeck a. a. O. S. 95.)

3) Nr. 2: Dieser Fall liegt gleichfalls außerhalb des Rahmens der Wiederaufnahmeklage, da die Richtigkeit der Entscheidung in der Sache selbst angegriffen wird. Der Grundsatz entspricht dem § 661 Nr. 2 (vgl. das. Anm. 4). „Verboten" bedeutet hier, wie aus den Mot. und der Entstehungsgeschichte der veränderten Fassung in § 661 Nr. 2 sich ergiebt, nichts Anderes als dort „nicht zu erzwingende". (So auch Endemann III S. 482, Seuffert Anm. 3, Petersen §§ 866—870 III 4, Gaupp III S. 579, Dernburg I § 144 Anm. 12. A. M.: Puchelt II S. 759, Wilm. Levy Anm. 3, Daubenspeck a. a. O. S. 91 u. A.) Ist der Schiedsvertrag selbst aus dem in Rede stehenden Grunde ungültig (Norbd. Prot. S. 2238), so reicht Nr. 1 aus.

4) Nr. 3: Dies ist der Fall des § 542 Nr. 4.

5) Nr. 4: Eine Nichtigkeit wegen Verletzung einer Grundregel des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 860), auf welche die Parteien jedoch verzichten können (Abs. 2). Vgl. § 861 Anm. 2, 3.

6) Nr. 5: vgl. § 513 Nr. 7 (das. Anm. 8 u. 9). Ob die Gründe zutreffend und erschöpfend sind, hat der Prozeßrichter nicht zu prüfen; es genügt, wenn der Schiedsspruch sachlich begründet ist; § 513 Nr. 7 geht weiter (s. auch RG. in Seuffert, Arch. 39 Nr. 76, OLG. Hamburg das. 40 Nr. 267, Daubenspeck a. a. O. S. 73). Die Parteien können den Ausschluß ebenfalls vereinbaren (Abs. 2).

7) Nr. 6: vgl. §§ 543 Anm. 1—7, 834 Nr. 6, 869; StrGB. §§ 334, 336. Der Restitutionsgrund in § 543 Nr. 7 ist nicht berücksichtigt,

> „da die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen aufgefundener Urkunden eine Beurtheilung der streitig gewesenen Rechtssache, mithin eine Wiederholung des Rechtsstreits vor den Staatsgerichten erfordern würde, ein Ergebniß, welches mit dem Willen der Parteien, daß ihre Differenz durch Schiedsrichter entschieden werden solle, in unlösbaren Widerspruch treten müßte." (Mot.)

8) Eine Frist zur Anstellung der Aufhebungsklage ist nicht bestimmt (anders § 549). Vgl. jedoch §§ 869, 870. Es gilt also die gewöhnliche Klagenverjährung.

Die Aufhebungsgründe können auch im Wege der Einrede gegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils geltend gemacht werden (§ 868 Anm. 2).

9) In Bezug auf das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften (vgl. auch §§ 548, 554). Die §§ 551—553 sind zwar nicht unbedingt anzuwenden. Indessen liegt es in der Natur der Sache, daß mit der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs in der Regel auch die Ent-

§ 868. Aus dem Schiedsspruche findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Das Vollstreckungsurtheil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann.

N. Entw. §§ 1174–1176. Entw. I. § 778. Entw. II. § 796. Entw. III. § 809. Mot. S. 479, 480. Prot. S. 445.

---

scheidung in der Sache selbst beantragt werden kann. Ganz selbstverständlich ist dies, wenn der Schiedsvertrag ungültig war. Im Falle der Gültigkeit aber ist der Vertrag mit Abgabe des Schiedsspruchs erfüllt, und die Einrede aus dem Schiedsvertrage steht nicht ferner der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entgegen. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Schiedsvertrag selbst das Gegentheil bestimmt, oder wenn die Aufhebung lediglich wegen der Person eines nicht in dem Schiedsvertrage bestimmten Schiedsrichters erfolgt ist — alsdann findet § 857 Anwendung. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Daubenspeck a. a. O. S. 96.) Außerdem ist, wenn das in dem schriftlichen Schiedsvertrage für die Aufhebung bestimmte Gericht ein anderes ist als das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs in der Hauptsache (vgl. § 871 Abs. 1), eine Verbindung der Klage in der Hauptsache mit der Anfechtungsklage ausgeschlossen. (A. M. Hellmann III S. 224.)

§ 868.

1) Abs. 1: Die Bestimmung entspricht dem § 660 Abs. 1 (vgl. Wach I S. 75, RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 196). Wie vor der Vollstreckung der Urtheile ausländischer Gerichte, so muß auch hier der Verurtheilte gehört werden, ehe der Staat seine Hülfe zur Vollstreckung leiht (abweichend: Preuß. AGO. I 2 § 176, Hann. PO. §§ 533, 534 ꝛc.).

Obwohl hier von „Vollstreckungsurtheil" geredet wird, ist der Hauptzweck des § 868 doch der, dem Sieger im Schiedsverfahren einen richterlichen Ausspruch über die Gültigkeit des Schiedsspruchs zu verschaffen, und deshalb ist ein Vollstreckungsurtheil auch zulässig, wenn der Schiedsspruch zu Vollstreckungshandlungen keinen Anlaß giebt (vgl. Mot., RG. in Seuffert, Arch. 42 Nr. 84).

Ob das Schiedsgericht ein ausländisches gewesen, macht keinen Unterschied (s. RG. V S. 399, ROHG. 10 S. 391, 17 S. 425, Puchelt II S. 758, Francke in Busch, Zeitschr. X S. 28 ff., Seuffert Anm. 1, Petersen §§ 866—870 II i. A. Abweichend Wach I S. 248 ff., welcher die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs nach ausländischem Recht beurtheilen will, im Uebrigen aber denselben den §§ 867, 868 unterwirft). Die Analogie ausländischer Urtheile trifft hier nicht zu, weil bei Schiedsgerichten nicht die Souveränität des Staats, sondern der Vertragswille für deren Autorität entscheidend ist. Die ausländische Vollstreckbarkeitserklärung ist dabei selbstverständlich für den inländischen Richter bedeutungslos (vgl. RG. a. a. O.).

Die Vollstreckungsklausel wird, nachdem das die Zulässigkeit aussprechende Urtheil rechtskräftig geworden, auf die Ausfertigung desselben (nicht des Schiedsspruchs) gesetzt (vgl. § 662 Anm. 2. A. M. früh. Aufl., Gaupp III S. 580).

Ist der Schiedsspruch in der Hauptsache erfüllt, so kann und muß wegen der Entscheidung über den Kostenpunkt ein Vollstreckungsurtheil behufs der Zwangsvollstreckung erlassen werden (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1189).

2) Abs. 2: Die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils (s. § 871), für welche, abgesehen von der ordentlichen Verjährungsfrist, keine Frist vorgeschrieben ist (vgl. jedoch §§ 869, 870), ist die actio judicati (vgl. § 866). [So auch Brinkmann, Begründung der Klagen II S. 602. A. M. Kohler in Krit. Vierteljahrschr. XXII S. 466.] Das Gericht hat also im Allgemeinen die Gültigkeit des Schiedsspruchs nicht zu prüfen. Es ist Sache der verurtheilten Partei, einen der in § 867 aufgeführten Aufhebungsgründe oder eine noch in der Zwangsvollstreckungsinstanz zulässige Einwendung (vgl. §§ 686, 687) geltend zu machen (s. OLG. Karls-

§ 869. Nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den im §. 867 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

N. Entw. § 1177. Entw. I. — Entw. II. § 797. Entw. III. § 810. Mot. S. 479, 480. Prot. S. 445.

§ 870. Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist im Falle des vorstehenden Paragraphen binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Aufhebung des Vollstreckungsurtheils auszusprechen.

N. Entw. § 1177. Entw. I. § 780. Entw. II. § 798. Entw. III. § 811. Mot. S. 479, 480. Prot. S. 445.

---

ruhe in Seuffert, Arch. 39 Nr. 175). Vgl. § 869. Dies gilt auch von der formellen Zulässigkeit der Klage (anders § 552), welche den Nachweis der Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs voraussetzt (§ 865). Indessen hat das Gericht von Amtswegen zu prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt (§ 865) [s. RG. V S. 400 u. in Gruchot, Beitr. XXX S. 1187], und in materieller Beziehung wenigstens dann, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt (z. B. Nr. 2, unter Umständen auch Nr. 1, sofern nicht darauf verzichtet werden kann) — ähnlich wie in dem Falle des § 661 Nr. 2 — einen Aufhebungsgrund auch von Amtswegen zu berücksichtigen. [Vgl. auch Puchelt II S. 762, Gaupp III S. 580, Seuffert Anm. 2, Petersen §§ 866—870 II a. E., Brinkmann a. a. O. II S. 605. Enger: Hellmann III S. 424, Kleiner III S. 360, anscheinend auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 196 (nur Nr. 2). Weiter gehen Wilm. Levy Anm. 2 (alle Aufhebungsgründe); s. auch Endemann III S. 484, Dernburg I § 144 Anm. 15.]

3) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 8 u. 28; GO. f. RA. § 20.

§ 869.

1) In der Regel geht ein Aufhebungsgrund, welcher nicht in dem Streite wegen Erlassung des Vollstreckungsurtheils geltend gemacht ist, für die Partei verloren, auch wenn er ihr damals noch nicht bekannt war (vgl. §§ 686 Abs. 2, 868 Abs. 2). Nur bezüglich der Aufhebungsgründe des § 867 Nr. 6 ist wegen deren Eigenthümlichkeit im Anschluß an die §§ 545, 549, 835 eine Ausnahme zugelassen.

2) „Nach Erlassung" — Es ist nicht (mit Hellmann III S. 224) einzuschalten: „rechtskräftiger".

§ 870.

1) Abs. 1: — „im Falle des vorstehenden Paragraphen" — nur in diesem Falle; vgl. § 867 Anm. 7, 8.

2) „Nothfrist" — vgl. §§ 194 Anm. 2, 201 Anm. 4.

3) Abs. 2: vgl. § 549 Anm. 2, 3.

— „zehn Jahren" — wie in § 835 Abs. 2 (anders § 549 Abs. 2). Die Fristen gelten nicht für die Fälle des § 867 Nr. 1—5 (s. Anm. 1); die Ausnahme in § 549 Abs. 3 ist daher hier nicht erforderlich.

4) Ist die Klage rechtzeitig erhoben, so wird — abgesehen von den nach §§ 814 ff. u. EG. z. CPO. § 16 Nr. 4 zulässigen einstweiligen Verfügungen — wegen Einstellung 2c. der Zwangsvollstreckung § 688 entsprechend anzuwenden sein (vgl. N. E. § 1178, Entw. I § 781; s. auch Endemann III S. 487) oder auch § 647.

§ 871. Für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrags, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Erlassung des Vollstreckungsurtheils zum Gegenstande haben, ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§. 865) gewendet hat.

N. Entw. § 1173. Entw. I. §§ 782, 783. Entw. II. § 799. Entw. III. § 812. Mot. S. 480. Prot. S. 445, 504.

§ 872. Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch

---

§ 871.

1) Abs. 1 weicht von den allgemeinen Bestimmungen über sachliche und örtliche Zuständigkeit nur insofern ab, als für die in erster Linie entscheidende Vereinbarung (vgl. § 37) die Schriftform vorgeschrieben ist. Indessen ist auch eine stillschweigende Vereinbarung (§§ 38, 39) wirksam; denn der Gerichtsstand des § 871 ist überhaupt kein ausschließlicher (vgl. Puchelt II S. 766, 767, Seuffert Anm. 2, Fitting § 107 Anm. 36, Endemann III S. 489 u. A.).

Auch die Kammern für Handelssachen sind nicht (wie in den Entw. II u. III die Handelsgerichte) ausgeschlossen (anders § 660 Anm. 4). [So auch Seuffert a. a. O., Puchelt II S. 765, Petersen § 871 Nr. 2, Gaupp III S. 583 u. A.]

„Klagen" — seien es Klagen auf Verurtheilung oder Feststellungsklagen (§ 231), z. B. auf Nichtanerkennung einer Ablehnung.

2) „Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters" — vgl. §§ 855, 857. „Erlöschen eines Schiedsvertrags" — vgl. § 859.
— „die Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens" — vgl. § 863.
— „die Aufhebung eines Schiedsspruchs" — vgl. §§ 867, 869, 870.
— „die Erlassung des Vollstreckungsurtheils" — vgl. § 868.

3) Abs. 2: Diese Bestimmung, welche einen gemeinsamen Gerichtsstand für alle in § 871 bezeichneten Klagen durch Prävention begründen läßt, ist dem schiedsrichterlichen Verfahren eigenthümlich (wenngleich auch § 35 auf dem Präventionsprinzip beruht). Derselben liegt die Rücksicht auf die Konnexität der verschiedenen möglichen Klagen sowie auf die Erleichterung der Klagen wegen Aufhebung des Schiedsspruchs und wegen Erlassung des Vollstreckungsurtheils zu Grunde. Bei demjenigen zuständigen Gerichte, bei welchem also eine der hier erwähnten Klagen anhängig ist, müssen auch die anderen angebracht werden; andrerseits ist auch das Schiedsgericht befugt, bei Niederlegung des Schiedsspruchs (§ 865) für die Parteien unter den zuständigen Gerichten zu wählen und dadurch das zuständige Gericht zu bestimmen (vgl. § 865 Anm. 3). Wie gewöhnlich, entscheidet in dem ersteren Falle trotz des gemeinsamen Ausdrucks „sich — gewendet hat" nicht die Einreichung der Klage zur Terminsbestimmung, sondern der gewöhnliche Zeitpunkt des Anhängigwerdens (s. § 35 Anm.).

4) Hinsichtlich des Verfahrens, insonderheit der Rechtsmittel und des Einspruchs, gelten die allgemeinen Bestimmungen (vgl. auch Kohler in Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 466).

5) Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 10, 28; GO. f. RA. § 20.

§ 872.

1) Die Vereinbarung (§ 851) ist nicht der einzige Weg, auf welchem ein Schiedsgericht konstituirt werden kann. Inwieweit dazu auch andere Rechtstitel genügen, z. B. letztwillige

letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buchs entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 800. Entw. III. § 813. Mot. S. 471. Prot. S. 445.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

Verfügungen, Stiftungen u. dgl. m., richtet sich nach den Reichs- bzw. Landesgesetzen („in gesetzlich statthafter Weise"). [Vgl. Wach I S. 67, Koch, Preuß. Civ.-Proz. S. 7. S. auch Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 93 Abs. 5—11 (BGBl. S. 317).]

2) — „die Bestimmungen dieses Buchs" — nämlich die §§ 854—871.

Gesetz,

betreffend die Einführung der

Civilprozeßordnung.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1. Die Civilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 1. Entw. III. § 1. Mot. — Prot. S. 625, 626.

§ 2. Das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird für den ganzen Umfang des Reichs durch eine Gebührenordnung geregelt.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. — Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sess. 1876 S. 1000.

---

§ 1.

§ 1 bestimmt das räumliche und zeitliche Gebiet der CPO., wie § 3 die objektiven, §§ 4, 5 die subjektiven Grenzen ihrer Anwendbarkeit betreffen. Vgl. EG. z. GVG. § 1.

§ 2.

1) Nachdem bereits die RTK. sich in einer Resolution für die Nothwendigkeit einer gemeinsamen Gebühren-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ausgesprochen hatte (Prot. S. 363 ff.), wurde auf Antrag der Abg. Miquél, Lasker und v. Bennigsen vom Reichstage in dritter Lesung die Aufnahme dieses Paragraphen, welcher einen Theil des sog. Kompromisses bildete, beschlossen.

2) Die reichsgesetzliche Regelung des gesammten Kostenwesens — nicht blos desjenigen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten — ist erfolgt durch folgende fünf Gesetze (s. oben S. 96):

a. das Gerichtskostengesetz, welches im Abschnitt 1 (§§ 1—7) die allgemeinen Bestimmungen, im Abschnitt 2 (§§ 8—49) die Gebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, im Abschnitt 3 (§§ 50—58) die Gebühren im Konkursverfahren, im Abschnitt 4 (§§ 59—78) die Gebühren in Strafsachen, im Abschnitt 5 (§§ 79, 80) die Auslagen, im Abschnitt 6 (§§ 81—97) Kostenvorschuß und Kostenzahlung, im Abschnitt 7 (§§ 98—102) die Schlußbestimmungen behandelt,

b. die Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher,

c. die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige,

d. die Gebührenordnung für Rechtsanwälte,

§ 3. Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Insoweit die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.

N. Entw. § 1. Entw. I. — Entw. II. § 2. Entw. III. § 2. Mot. S. 481. Prot. S. 625, 626, 749.

---

e. das die Gesetze unter a und b theilweise abändernde Gesetz v. 29. Juni 1881 (RGBl. S. 178).

Das Anwendbarkeitsgebiet der drei ersteren Gesetze ist in Preußen erheblich ausgedehnt durch das AG. z. D. GKG. und z. den D. GO. f. GV. u. f. Z. u. S. v. 10. März 1879 (GS. S. 145), das des vierten durch das AG. z. D. GO. f. RA. v. 2. Februar 1880 (GS. S. 43) und das des fünften durch das Ges. v. 21. März 1882 § 1 (GS. S. 129).

3) Die in Anm. 2 a bis d bezeichneten Gesetze sind gleichzeitig mit dem GVG. in Kraft getreten (GKG. § 102, GO. f. GV. § 26, GO. f. Z. u. S. § 18, GO. f. RA. § 95). Im Uebrigen s. EG. z. GVG. § 1, Preuß. AG. z. D. GKG. usw. § 44.

§ 3.

Vgl. EG. z. StrPO. § 3.

1) Abs. 1 entspricht dem EG. z. GVG. § 2.

— „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" — Ueber den Begriff sowie über die Frage, welche derselben vor die ordentlichen Gerichte gehören, vgl. GVG. § 13 Anm. 1—5. Es gehört dahin z. B. auch das Verfahren des § 35 des Genossenschaftsgesetzes v. 4. Juli 1868 (RG. XIV S. 29). Auf Injuriensachen findet die CPO. keine Anwendung (EG. z. StrPO. § 11 Abs. 1; vgl. GVG. § 24 Anm. 2).

Die „ordentlichen Gerichte" sind nach § 12 des GVG. die Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte sowie das Reichsgericht, nach § 8 des EG. z. GVG. auch die obersten Landesgerichte.

> „Rücksichtlich der nach dem GVG. § 13 vor den ordentlichen Gerichten zu verhandelnden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Verfahren der Prozeßordnung zwingend." (Mot.)

2) Ausnahmen von dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatze („alle") sind nach Maßgabe der §§ 11 und 15 des EG. z. CPO. zulässig (vgl. auch CPO. §§ 706, 757, 811, 837 Abs. 2).

3) Abs. 2: Die „besonderen Gerichte" bilden den Gegensatz zu den ordentlichen Gerichten. Vgl. GVG. §§ 13, 14. Die Mot. bemerken:

> „Die besonderen Gerichte, welche reichsgesetzlich zugelassen sind, hat der § 14 des GVG. zusammengestellt. Auf das Verfahren vor diesen Gerichten kommen die Bestimmungen der CPO. nicht zur Anwendung, es sei denn, daß eine Landesgesetzgebung die Anwendbarkeit derselben auch auf das Verfahren vor den besonderen Gerichten erstreckt.
>
> Das EG. z. GVG. § 3 Abs. 1 gestattet, daß die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werden kann. Macht eine Landesgesetzgebung von diesem Vorbehalte Gebrauch, so ist ihr die Befugniß ertheilt:
>
> 1) die Uebertragung nach anderen als den durch das GVG. vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen vorzunehmen (EG. z. GVG. § 3 Abs. 1),
>
> 2) ein von der CPO. abweichendes Verfahren anzuordnen (EG. z. CPO. § 3 Abs. 2)."

In Preußen ist von diesem Vorbehalt in § 30 Abs. 1 des AG. z. CPO. v. 24. März 1879 (GS. S. 281) Gebrauch gemacht worden (vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 266).

4) Nach § 65 der KO. finden die Vorschriften der CPO., soweit nicht aus der KO. sich Abweichungen ergeben, auch auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.

5) In Preußen finden nach dem AG. z. CPO. die Vorschriften der CPO. vielfach auch auf die besonderen Gerichte und auf die Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit Anwendung. Vgl. auch Ges., betr. die Rheinschifffahrtsgerichte, v. 8. März 1879 § 7 (GS. S. 129), Ges., betr.

§ 4. Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation betheiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. z. GVG. S. 797–808. Prot. z. CPO. S. 749–751. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. 1876 S. 389, 390.

§ 5. In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter darf jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 3. Entw. III. § 3. Mot. S. 626. Prot. S. 625, 751, 756–758. Prot. z. GVG. S. 765–768. 174. Sitzg. S. 1.

---

die Elbzollgerichte, v. 9. März 1879 § 5 (GS. S. 132), Ges., betr. das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, v. 18. Febr. 1880 (GS. S. 59), von welchen das letztere aber erhebliche Modifikationen enthält.

§ 4.

1) Der auf Antrag des Abg. v. Puttkamer von der RTK. aufgenommene § 4 richtet sich hauptsächlich gegen die in Elsaß-Lothringen noch bestehenden Bestimmungen des französischen Rechts, wonach gewisse bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche an sich zur Zuständigkeit der Gerichte gehören (z. B. Streitigkeiten aus öffentlichen Lieferungen oder aus Verdingung öffentlicher Arbeiten), lediglich aus dem im Texte bezeichneten Grunde Verwaltungsbehörden überwiesen sind.

Entscheidend ist, ob die Ausschließung des Rechtswegs lediglich auf dem subjektiven Grunde der Parteistellung des Fiskus, der Gemeinde usw. beruht. Landesgesetzliche Vorschriften, welche in gewissen Rechtsstreitigkeiten den Rechtsweg nicht blos für oder gegen den Fiskus usw., sondern für oder gegen Jedermann ausschließen, bleiben mithin unberührt. Um dieses durch den Gegensatz „nach dem Gegenstande oder der Art des Anspruchs" und „aus dem Grunde, weil als Partei" usw. klarer auszudrücken, hat die RTK. der früheren Fassung (Prot. z. GVG. S. 804) die jetzige substituirt. (Vgl. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880. S. 299, 300.)

2) Der § 4 enthält eine der wenigen in den Reichsjustizgesetzen sich findenden Grenzbestimmungen zwischen Justiz und Verwaltung. Vgl. GVG. § 13 Anm. 2, Komm.-Ber. z. GVG. S. 13, 14.

§ 5.

1) Wegen des ersten Satzes vgl. EG. z. GVG. § 5. In Betreff der Fürstlichen Familie Hohenzollern s. Preuß. Ges. v. 12. März 1850 u. Verträge v. 7. Dez. 1849 u. 12. März 1850 (GS. S. 289), v. Rönne, Staatsrecht d. Preuß. Mon. 4. Aufl. II (1882) S. 279 ff., dess. Staatsr. d. D. Reichs 2. Aufl. II, 2 (1877) S. 21 Anm. 4. In Betreff des Großherzogs von Hessen s. RG. XII S. 417. — Während die in die CPO. selbst (§§ 196 Abs. 2, 340 Abs. 2, 441, 444 Abs. 3) aufgenommenen Privilegien der Landesherren usw. für alle deutschen Gerichte Geltung haben, können die hier vorbehaltenen, auf Hausverfassung oder Landesgesetz beruhenden Sonderrechte (vgl. z. B. CPO. § 12 Anm. 2) nur gegenüber den Gerichten desjenigen Bundesstaats, in welchem sie bestehen, Anerkennung beanspruchen, wie auch der Vertreter der Reichsregierung in der RTK. anerkannte (Prot. S. 625 u. alle Komm. A. M. Wach I S. 413).

§ 6. Mit Zustimmung des Bundesraths kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:

1. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe;
2. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.

Die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erlassenen Verordnungen sind dem Reichstage bei dessen nächstem Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen. Dieselben treten, soweit der Reichstag die Genehmigung versagt, für die am Tage des Reichstagsbeschlusses noch nicht anhängigen Prozesse außer Kraft. Die genehmigten Verordnungen können nur durch Reichsgesetz geändert oder aufgehoben werden.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. §§ 4, 5. Entw. III. § 4. Mot. S. 320—322. Prot. S. 625—635, 751—754.

Für Preußen vgl. wegen der Vertretung, insonderheit der Eidesleistung durch die für die Vermögensverwaltung der Landesherren usw. bestehenden Behörden (als „gesetzliche Vertreter") § 3 des AG. z. CPO., CPO. § 440 Anm. 2 u. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 242.

2) Der zweite Satz ist von der RTK. aufgenommen worden, um die in einzelnen deutschen Staaten (Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Sachsen-Meiningen) damals noch bestehenden Beschränkungen des Rechtswegs bei Klagen gegen den Landesherrn zu beseitigen (Mot. z. GVG. S. 210 Anm. 1). Derselbe bezieht sich nur auf Klagen Dritter, d. h. Nichtmitglieder der landesherrlichen Familien, und nur auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche (über diesen Begriff vgl. CPO. § 21 Anm. 2). Haus- und Landesgesetze, welche die Ansprüche der Mitglieder der landesherrlichen Familien unter einander betreffen, sowie solche, welche sich auf andere als vermögensrechtliche Ansprüche (z. B. Volljährigkeitserklärungen, Entmündigungen, eherechtliche Streitigkeiten usw.) beziehen, bleiben mithin unberührt.

3) Für die Standesherren sind alle civilprozessualischen Privilegien beseitigt (vgl. EG. z. GVG. § 5 Anm. 5), insbesondere auch die Befugniß, den Eid durch einen Dritten schwören zu lassen (vgl. CPO. § 440 Anm. 2). Das Gleiche gilt rücksichtlich der depossedirten Landesherren (Puchelt II S. 775, Gaupp III S. 590, Wilm. Levy Anm. 1). Vgl. jedoch EG. z. GVG. § 7.

§ 6.

1) Der § 6 macht von dem in § 511 der CPO. aufgestellten Grundsatze, daß — abgesehen von Reichsgesetzen — nur Verletzungen von Gesetzen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt (CPO. § 511 Anm. 2, 4—6), die Revision begründen können, zwei Ausnahmen, von denen die eine eine Erweiterung, die andere eine Beschränkung der Zulässigkeit der Revision enthält. Diese Ausnahmen sollen zur Hebung der Zweifel und Schwierigkeiten dienen, welche mit einer strengen Durchführung des Grundsatzes verbunden sein würden.

Als Beispiele der in Nr. 1 bezeichneten Gesetze führen die Mot. an: das württembergische Landrecht, welches in Theilen Bayerns, das bayerische Recht, welches in Theilen Preußens gilt, das lübsche Recht, die für die Mark Brandenburg erlassene Constitutio Joachimica und fahren sodann fort:

„Es treffen also hier dieselben Gründe zu, welche den Ausschluß der über den Bezirk eines Oberlandesgerichts nicht hinausgreifenden Rechtsnormen von der Zuständigkeit des Revisionsgerichts veranlaßt haben, und diese Gründe sind das Motiv gewesen, durch den Vorbehalt des EG. § 6 Nr. 1 die Möglichkeit zu eröffnen, daß einzelne Landes-, Pro-

vinzial- und Statutarrechte, obwohl sie über den Bezirk eines Oberlandesgerichts sich hinauserstrecken, von dem Bereiche der Revision ausgeschlossen werden können. Umgekehrt erschien es wünschenswerth, durch den weiteren Vorbehalt des EG. § 6 Nr. 2 die Möglichkeit zu gewähren, Rechte, obwohl sie nur innerhalb des Bezirks eines Oberlandesgerichts gelten, dem Bereiche der Revision zu überweisen. Praktisch wichtig könnte dieser weitere Vorbehalt z. B. für Baden werden; auf Grund desselben könnte der Zweifel gehoben werden, ob das badische Landrecht dem französischen Rechte beizuzählen sei, mithin eine Verletzung desselben der Revision unterliege."

Nach einer Erklärung des Regierungsvertreters v. Amsberg in der RTK. sollte der Vorbehalt unter Nr. 1 auf das gem. Recht, das preuß. Allg. Landrecht und die franz. Gesetzbücher keinenfalls angewendet werden.

2) Die „Kaiserliche Verordnung" (Reichsverfassung Art. 17) ist am 28. September 1879 erlassen (RGBl. S. 299) und vom Reichstag in seiner Sitzung v. 10. April 1880 mit Ausschluß des § 3 genehmigt worden (Bekanntmachung d. Reichskanzlers v. 11. April 1880 — RGBl. S. 102). Sie lautet:

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen auf Grund des §. 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths, was folgt:

§ 1.

Die Revision kann vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen dieser Verordnung auf die Verletzung anderer Gesetze als derjenigen des gemeinen oder französischen Rechts nur gestützt werden, wenn dieselben über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus für den ganzen Umfang mindestens zweier deutscher Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaats Geltung erlangt haben.

§ 2.

Verletzung der Gesetze des gemeinen Rechts und der Gesetze des französischen Rechts, soweit letztere in anderen deutschen Ländern außer Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben, begründet die Revision, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

§ 3 (nicht genehmigt).

Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung von Gesetzen des Lehnrechts.

§ 4.

Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung der französischen Gesetze über das Enregistrement, den Stempel, die Hypotheken-, Transkriptions- und Gerichtsschreibereigebühren, sowie ähnliche Gefälle, welche durch die Enregistrementsverwaltung zu erheben sind.

§ 5.

Die Revision kann auf die Verletzung derjenigen in der Mark Brandenburg geltenden Gesetze, welche durch das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 als Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Rechte aufrecht erhalten sind, nicht gestützt werden. Preußen.

§ 6.

Soweit über die Revision vom Königlich bayerischen obersten Landesgerichte zu entscheiden ist, findet die Bestimmung des §. 1 nicht Anwendung. Auf die Verletzung von Gesetzen Bayern.

1. des Koburger Landrechts,
2. des Rechts des Bisthums Fulda,
3. des Gräflich Erbachschen Landrechts,
4. des Rechts der Grafschaft Solms,

5. des Rechts des Fürstenthums Löwenstein

kann die Revision nicht gestützt werden.

§ 7.

Baden. Die Revision wird begründet durch Verletzung des badischen Landrechts, einschließlich der Zusatzartikel, der beiden Einführungsedikte vom 3. Februar und 22. Dezember 1809 und der unter XVIII des ersteren Einführungsedikts neben dem Landrecht aufrecht erhaltenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts,

sowie durch Verletzung derjenigen gesetzlichen Vorschriften, welche bestimmte Vorschriften der vorgedachten Gesetze ausdrücklich erläutern, ausdehnen, beschränken, aufheben oder ersetzen,

endlich, soweit nicht schon die vorstehenden Bestimmungen Anwendung finden, durch Verletzung folgender Großherzoglich badischer Gesetze:

1. des Gesetzes vom 6. März 1845, betreffend die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen,
2. der Artikel 2, 3, 5 bis 8 des Gesetzes vom 6. August 1862, betreffend die Einführung des Deutschen Handelsgesetzbuchs,
3. des Gesetzes vom 9. Dezember 1875 zum Vollzug des Reichs-Personenstandsgesetzes,
4. der Artikel 3, 4, 6 bis 11, 84, 92 des Gesetzes vom 25. August 1876, betreffend die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer,
5. des Gesetzes vom 6. Februar 1879, betreffend die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Notariats.

Die vorstehenden Bestimmungen finden nicht Anwendung, soweit die bezeichneten Gesetze am 1. Oktober 1879 außer Kraft getreten sind.

§ 8.

Hessen. Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich hessischen Gesetze:

1. der Verordnung vom 28. August 1827, die vormundschaftlichen Verhältnisse in der Provinz Rheinhessen betreffend;
2. der Artikel 9 bis 11 des Gesetzes vom 17. September 1841, betreffend Einführung des Strafgesetzbuchs und des §. 9 des Gesetzes vom 30. Dezember 1870, betreffend Einführung des Reichs-Strafgesetzbuchs;
3. des Gesetzes vom 6. Juni 1849, betreffend die Vereinfachung des Verfahrens bei der Eröffnung von Erbschaften, Theilungen, Versteigerungen, Rangordnungs- und Distributionssachen in Rheinhessen.

§ 9.

Oldenburg. Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich oldenburgischen Gesetze:

1. des revidirten Staatsgrundgesetzes vom 22. November 1852;
2. des revidirten Civilstaatsdienergesetzes vom 28. März 1867;
3. des für das Herzogthum Oldenburg erlassenen Gesetzes vom 3. April 1876, betreffend Eigenthumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, sowie der für dasselbe Gebiet erlassenen Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 10.

Braunschweig. Die Revision wird begründet durch Verletzung des Herzoglich braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878, betreffend den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten und der Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 11.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der §§. 30, 41 und 54 des hamburgischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865. Hamburg.

§ 12.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der nachfolgenden in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze: Elsaß-Lothringen.

1. des Gesetzes vom 14. Juli 1819 über Aufhebung des droit d'aubaine (bulletin des lois VII. série No. 6986);
2. des Gesetzes vom 29. April 1845 über Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 11951);
3. des Gesetzes vom 11. Juni 1847 über die Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 13645);
4. des Gesetzes vom 10. Juni 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage (bulletin des lois XI. série No. 1555);
5. des Gesetzes vom 23. März 1855 über die Transkription (bulletin des lois XI. série No. 2474);
6. des Berggesetzes vom 16. Dezember 1873 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen S. 397).

§ 13.

Gesetz im Sinne dieser Verordnung ist jede Rechtsnorm.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Baden-Baden, den 28. September 1879.

(L. S.) **Wilhelm.**

Otto Graf zu Stolberg.

Die wesentlichste Ausnahme in der Richtung der Ausdehnung (EG. z. CPO. § 6 Nr. 2) enthält § 2, wonach die Revision auf die Verletzung des gemeinen (gleichviel, ob römisch-rechtlichen oder deutsch-rechtlichen Ursprungs) und des französischen Rechts unbedingt gestützt werden kann, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob etwa der einzelne Satz des gem. oder franz. Rechts nur innerhalb des einzelnen Oberlandesgerichtsbezirks Geltung hat (Ausnahme: Elsaß-Lothringen). Dabei wird, wie in der Regelvorschrift des § 511 (vgl. CPO. § 511 Anm. 4), vorausgesetzt, daß die betreffende einzelne Bestimmung im Bezirke des Berufungsgerichts selbst gilt (RG. VI S. 413, VIII S. 80, Seuffert CPO. § 511 Anm. 3c). Die entgegenstehende Ansicht (Fels, Revisionsrecht und Sonderrecht S. 72 ff., Hellmann, Lehrb. S. 724 ff.) beruht auf einer gezwungenen Auslegung der Worte des § 2 „auch wenn — — hinaus erstreckt" sowie auf einer sachlich nicht gerechtfertigten Abweichung von dem Grundsatze des § 511 und kann auch durch die Mot. nicht gerechtfertigt werden.

In der Richtung der Einschränkung (EG. z. CPO. § 6 Nr. 1) kommt hauptsächlich in Betracht § 1, wonach — abgesehen von den Rechtsgebieten des gem. und des franz. Rechts — für die Revisibilität als Regel folgende zwei Bedingungen aufgestellt sind:

a) daß der Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt (CPO. § 511), mithin die Rechtsnorm in dem Bezirke des Berufungsgerichts selbst und noch darüber hinaus gilt (vgl. CPO. § 511 Anm. 4—6);
b) daß die Rechtsnorm entweder für den ganzen Umfang mindestens zweier deutscher Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaats Geltung erlangt hat.

In der Bedingung unter b, namentlich der Voraussetzung der Geltung innerhalb des ganzen Umfangs zweier oder mehrerer Bundesstaaten rc., liegt ersichtlich eine erhebliche Ein-

schränkung der Revision. Die meisten Landes- und Provinzialrechte sind dadurch ausgeschlossen. Im Wesentlichen bleiben nur das Preuß. ALR. und die über mehrere Provinzen sich erstreckenden preußischen Gesetze übrig.

„Für das Gebiet des ALR. fallen kraft einer solchen Bestimmung die von den Einführungspatenten aufrecht erhaltenen Provinzialrechte, Statuten, Gewohnheiten und Observanzen außerhalb der Judikatur des Reichsgerichts. Dasselbe gilt überall von den Stadtrechten, z. B. dem lübschen, magdeburgischen, brandenburg-stendaler, koburger Recht, von den aus der vorpreußischen Zeit datirenden partikularen Gesetzen der gemeinrechtlichen preußischen Landestheile, und im wesentlichen überhaupt von den Rechtsnormen, welche in den einzelnen Theilen eines Landes aus der Zeit ihrer Zugehörigkeit zu einem anderen Staate Geltung behalten haben. Insbesondere werden neben den Gesetzen kleinerer Bezirke, die trotzdem in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken Geltung haben, die partikularen Rechtsnormen größerer Rechtsgebiete, wie das mainzer, das solmser, das erbacher und das pfälzer Landrecht, die hennebergische und die katzellenbogener Landesordnungen, die Gesetze der ehemaligen Bisthümer Fulda, Münster und Osnabrück getroffen.

Bezüglich des sog. „gemeinen Sachsenrechts“ kann die Frage aufgeworfen werden, ob dasselbe nicht als ein Theil des gemeinen Rechts der Revision unterstellt ist. Wenn das zu verneinen, wird die Geltung dieses Rechts im ganzen Gebiete mehrerer zu verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken gehörigen thüringischen Staaten, in Theilen von Anhalt und in verschiedenen preußischen Provinztheilen nach der Fassung der Verordnung dahin führen, daß eine Verletzung dieser Gesetze geeignet ist, die Revision zu begründen. Bei der zur Zeit nur noch geringen Bedeutung der Normen des gemeinen Sachsenrechts kann es zwar fraglich erscheinen, ob die Revisibilität seiner Vorschriften erforderlich ist: jedenfalls aber wird das Reichsgericht dadurch nicht in einer erheblichen Weise belastet werden.“ (Mot. der Verordn. S. 9.)

§ 1 ist nicht (mit v. Kries, Die Rechtsmittel usw. S. 332) dahin auszulegen, daß die zwei Bundesstaaten bzw. preußischen Provinzen außerhalb des Bezirks des Berufungsgerichts liegen müssen (vgl. dagegen Gaupp III S. 322, Fels a. a. O. S. 17 Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 724 u. A.). Auch steht der Geltung „für den ganzen Umfang“ nicht entgegen, wenn das Gesetz innerhalb des Bundesstaates bzw. der Provinz für gewisse Klassen der Einwohner, z. B. den Adel, ausgeschlossen ist, wohl aber, wenn es nur für einzelne Bezirke, z. B. gewisse Städte, Geltung hat.

Fernere Einschränkungen enthält sodann der (nicht genehmigte § 3) rücksichtlich des Lehnrechts und § 4 rücksichtlich verschiedener französischer Gesetze. Bezüglich spezieller, in einzelnen Bundesstaaten geltender Gesetze geben einschränkende Vorschriften der § 5, erweiternde die §§ 7—12. Der § 6 enthält besondere Bestimmungen in Betreff des bayerischen obersten Landesgerichts.

Eine weitere Ausdehnung der Revisibilität durch Vermehrung der als revisibel bezeichneten Landesgesetze ist erfolgt durch die Gesetze, betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, v. 15. März 1881 (RGBl. S. 38) und v. 24. Juni 1886 (RGBl. S. 207) welche lauten:

I. Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Den Landesgesetzen, deren Verletzung zufolge der §§. 7 bis 12 der Verordnung vom 28. September 1879 (Reichs-Gesetzbl. S. 299) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. das Königlich württembergische Berggesetz vom 7. Oktober 1874 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg S. 265);
2. das Großherzoglich hessische Berggesetz vom 28. Januar 1876 (Regierungsblatt S. 73);

3. das Herzoglich braunschweigische Berggesetz vom 15. April 1876 (Gesetz- und Verordnungs-Samml. S. 109);
4. das Herzoglich sachsen-meiningensche Berggesetz vom 17. April 1868 (Sammlung der landesherrlichen Verordnungen S. 49);
5. das Herzoglich sachsen-altenburgische Berggesetz vom 18. April 1872 (Gesetz-Samml. S. 29);
6. das Herzoglich sachsen-koburg-gothaische Berggesetz für das Herzogthum Gotha vom 16. August 1868 (Gesetz-Samml. für das Herzogthum Gotha S. 975);
7. das Herzoglich anhaltische Berggesetz vom 30. April 1875 (Gesetz-Samml. Bd. 7 S. 167);
8. das Fürstlich waldeckische Gesetz, die Einführung des preußischen allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 betreffend, vom 1. Januar 1869 (Regierungsblätter S. 3);
9. das für das Fürstenthum Reuß jüngerer Linie erlassene Berggesetz vom 9. Oktober 1870 (Gesetz-Samml. Bd. XVI S. 199);

ferner:

10. die Großherzoglich oldenburgischen Gesetze für das Fürstenthum Lübeck, betreffend den Eigenthumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, vom 28. Januar 1879, und betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Fürstenthum Lübeck Bd. 17 S. 87, 107);
11. die Herzoglich sachsen-koburg-gothaischen Gesetze, betreffend den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten, vom 1. März 1877, und betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Herzogthum Gotha S. 9, 23; Gesetzbl. für das Herzogthum Koburg S. 15, 35);

endlich:

12. die §§. 29, 30, 33, 40 und 46 des bremischen Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuch vom 6. Juni 1864 (Gesetzbl. S. 43) und der §. 21 des bremischen Gesetzes, betreffend die Abänderung des vorgedachten Einführungsgesetzes, vom 4. Juni 1879 (Gesetzbl. S. 183).

§ 2.

Die vorstehende Bestimmung findet in den zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes anhängigen Sachen keine Anwendung.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 15. März 1881.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

II. Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Den Landesgesetzen, deren Verletzung ungeachtet ihres beschränkten Geltungsbereichs zufolge der Verordnung vom 28. September 1879 (Reichs-Gesetzbl. S. 299) und des Gesetzes vom 15. März 1881 (Reichs-Gesetzbl. S. 38) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. die Königlich preußische Verordnung, betreffend die Erhebung der Stempelsteuer in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, vom 7. August 1867 (Gesetz-Samml. S. 1277);

§ 7. Ist in einem Bundesstaat auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze §. 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionsschrift. Eine Abschrift derselben ist der Gegenpartei von Amtswegen zuzustellen.

---

2. Artikel 2 des Königlichen preußischen Gesetzes, betreffend das Sportel-, Stempel- und Taxwesen in den hohenzollernschen Landen, vom 22. Juni 1875 (Gesetz-Samml. S. 235).

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Bad Ems, den 24. Juni 1886.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst von Bismarck.

[Vgl. noch über die Verordn. v. 28. September 1879: Eccius in Gruchot, Beitr. XXIV S. 20 ff., Reuling, Revisible und nicht revisible Rechtsnormen. Berlin 1880, Fels, Revisionsrecht und Sonderrecht. Leipzig 1880.]

3) Der Abs. 2 verdankt seine Entstehung der RTK. Die beiden ersten, auf den Antrag des Abg. Wolffson angenommenen Sätze sind bestimmt, die Mitwirkung des Reichstags bei Erlassung der betreffenden Verordnungen in der Form nachträglicher Genehmigung zu wahren; der dritte, vom Abg. v. Puttkamer beantragte Satz bezieht sich auf die Aufhebung der auf Grund der vorausgegangenen Bestimmungen erlassenen und genehmigten Verordnungen. Die Bestimmung enthält ein neues Beispiel von Verordnungen mit einstweiliger Gesetzeskraft [vgl. Gewerbeordnung nach dem Texte v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) §§ 16 Abs. 3, 59b Abs. 2, 139a, Ges. v. 25. Juni 1873 § 8 (RGBl. S. 162), Ges., betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln usw., v. 14. Mai 1879 §§ 5—7 (RGBl. S. 145)].

— „am Tage des Reichstagsbeschlusses" — d. h. des definitiven, wie in der RTK der Antragsteller ohne Widerspruch konstatirte (Prot. S. 752). Auch derartige Beschlüsse sind im Reichsgesetzblatt zu verkünden.

4) Zweifelhaft ist, ob nach der Fassung des § 1 der Verordn. v. 28. September 1879 eine weitere Ausdehnung der Revisibilität noch im Wege der Verordnung stattfinden kann oder fortan eines Reichsgesetzes bedarf (Bericht der VII. Komm. d. Reichstags S. 11 — Drucks. d. RT. 4. Leg.-Per. III Sess. 1880 Nr. 72, Sten. Ber. S. 556 ff.). Thatsächlich ist bereits der Weg des Gesetzes betreten (s. Anm. 2 a. E.).

§ 7.

1) Der § 7 enthält Vorschriften zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Zuständigkeit zwischen dem Reichsgerichte und dem obersten Landesgerichte.

> „Die Zulassung oberster Landesgerichte macht Bestimmungen nothwendig, welche Kompetenzkonflikte zwischen dem Reichsgerichte und den obersten Landesgerichten für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ausschließen.
>
> „Der § 7 ist dem Reichsgesetze vom 12. Juni 1869, betr. die Errichtung des Reichs-Oberhandelsgerichts (§§ 17, 18) nachgebildet". (Mot.)

Den Prozedurvorschriften des § 7 liegt das Prinzip zu Grunde, daß die Instruktion des Rechtsmittels bei dem obersten Landesgerichte erfolgt.

Ueber die sachliche Zuständigkeit der obersten Landesgerichte vgl. EG. z. GVG. § 8.

2) Abs. 1: „Rechtsmittel der Revision" — vgl. CPO. §§ 511 ff. Darin, daß die Einlegung durch Einreichung der Revisionsschrift (vgl. das. §§ 516, 517) beim Gerichte erfolgt, liegt eine Abweichung von der Regel der CPO. (§ 515 Satz 1); ebenso in der Zustellung der Schrift an die Gegenpartei von Amtswegen (CPO. §§ 152, 155).

— „bei diesem Gerichte" — Eine Einlegung der Revision beim Reichsgerichte ist ungültig und wahrt insbesondere die Revisionsfrist nicht.

Das oberste Landesgericht entscheidet ohne vorgängige mündliche Verhandlung endgültig über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Erklärt es sich dagegen für unzuständig, weil das Reichsgericht zuständig sei, so sind dem letzteren die Prozeßakten zu übersenden.

Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für das Reichsgericht bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgericht ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Die Fristbestimmungen in den §§. 517, 519 der Civilprozeßordnung bemessen sich nach dem Zeitpunkte der Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an den Revisionsbeklagten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf das Rechtsmittel der Beschwerde entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. § 5. Mot. S. 482. Prot. S. 635—639.

---

3) Abs. 2: Der Wegfall der mündlichen Verhandlung behufs der Vorentscheidung über die Zuständigkeitsfrage bildet eine weitere Abweichung von allgemeinen Grundsätzen; die gedachte Entscheidung „erfolgt auf Grund der Akten nach der aus diesen, der Klage, den Protokollen und den Urtheilen sich ergebenden Natur des Prozesses" (Erklärung des Reg.-Vertreters v. Amsberg in der RTK. Prot. S. 635). Auch eine zweite zuvorige schriftliche Anhörung des Revisionsbeklagten ist nicht erforderlich. Auf die Beschwerdepunkte wegen Verletzung einer Rechtsnorm kommt es hierbei noch nicht an. Vgl. Ges. v. 12. Juni 1869 § 18 u. EG. z. GVG. § 8.

Die Vorentscheidung des obersten Landesgerichts beschränkt sich auf die Zuständigkeit; die formelle Zulässigkeit der Revision selbst (Statthaftigkeit an sich, Wahrung der Frist, Vorhandensein der Revisionssumme usw.; vgl. oben S. 564 Anm. 3, CPO. §§ 497, 529) hat es hierbei nicht zu prüfen. Die Prüfung der Zuständigkeit erfolgt von Amtswegen; an die Anträge der Parteien ist das Gericht nicht gebunden. Eine Prorogation ist unzulässig (vgl. oben S. 38).

Das Wort „endgültig" ist von der RTK. hinzugefügt worden, um außer Zweifel zu stellen, daß die betreffende Vorentscheidung nicht blos für das Reichsgericht (Abs. 3), sondern auch für das oberste Landesgericht selbst bindend sei. Der Beschluß ist auch hinsichtlich jeder späteren, in demselben Rechtsstreit zu ertheilenden Entscheidung bindend. (Vgl. ROHG. 21 S. 30.)

Die Verhandlung und Entscheidung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6).

4) Der zweite und dritte Satz des Abs. 2 enthalten ebenso wie der zweite Satz des Abs. 3 Konsequenzen der Abweichungen vom regelmäßigen (mündlichen und auf selbständigen Prozeßbetrieb der Parteien gegründeten) Verfahren.

Die Uebersendung der Prozeßakten erfolgt nach Analogie des § 506 der CPO. von Gerichtsschreiber zu Gerichtsschreiber.

5) Der von der RTK. hinzugefügte Abs. 4 setzt für die Berechnung der in den §§ 517, 519 der CPO. hinsichtlich des vorbereitenden schriftlichen Verfahrens festgesetzten Fristen an die Stelle der nicht stattfindenden Zustellung der Revisionsschrift durch den Revisionskläger als Anfangstermin die Bekanntmachung des Verhandlungstermins an den Revisionsbeklagten durch das Gericht.

Daß durch die Vorentscheidung über die Zuständigkeit weder der Revisionskläger irgendwie behindert wird, die Revisionsanträge zu erweitern (vgl. CPO. § 516 Anm. 2), noch der Revisionsbeklagte, sich der Revision anzuschließen (CPO. § 518), ist selbstverständlich.

§ 8. Der Bestellung eines bei dem obersten Landesgericht oder bei dem Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwalts bedarf es erst, nachdem das oberste Landesgericht über die Zuständigkeit Entscheidung getroffen hat. Für die dieser Entscheidung vorgängigen Handlungen können die Parteien sich auch durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt in Gemäßheit des §. 164 der Civilprozeßordnung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 635, 755, 756.

§ 9. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

N. Entw. Entw. I. u. II. -- Entw. III. § 6. Mot. S. 65, 482. Prot. S. 639.

---

6) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Revisionsfrist muß gleichfalls in Gemäßheit des § 7 bei dem obersten Landesgericht angebracht werden, welches über die Zuständigkeit entscheidet (vgl. jedoch Anm. 3 a. E.); die Entscheidung über die Zulässigkeit erfolgt aber auch hier von dem in der Sache selbst zuständigen Gerichte. (So auch Petersen §§ 7—9 Nr. 2, Hellmann III S. 236, v. Bülow Anm. 5 u. A.)

7) Abs. 5: „Beschwerde" — vgl. CPO. §§ 531—540. Die Anwendung geschieht selbstverständlich vorbehaltlich der Möglichkeit, bei dem angegriffenen Gerichte das Rechtsmittel einzulegen (vgl. §§ 532, 540). (So auch Seuffert Anm. 4, Petersen a. a. O., Hellmann III S. 237. A. M. Puchelt II S. 780, nach welchem auch die Beschwerde gleich der Revision unbedingt beim obersten Landesgerichte eingelegt werden muß.)

§ 8.

1) Der Abs. 1, welcher eine Modifikation des § 74 Abs. 1 der CPO. enthält (s. das. Anm. 2), ist auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. aufgenommen worden, um der Partei die Kosten einer doppelten Anwaltsbestellung, beim obersten Landesgericht und bei dem Reichsgerichte, zu ersparen. Aus den Ausdrücken „bedarf es nicht" und „auch" im Satz 2 ergiebt sich klar, daß die Parteien auch sofort einen beim obersten Landesgerichte zugelassenen Anwalt bestellen können. Dagegen folgt aus § 100 Abs. 2 der RAO., daß ein beim Reichsgerichte zugelassener Anwalt nicht die Vertretung bei dem obersten Landesgerichte übernehmen darf. (Vgl. auch Prot. z. CPO. S. 755, 756, Puchelt II S. 781, Petersen §§ 7—9 Nr. 3, Gaupp III S. 596, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 1 u. Seuffert Anm. 1. A. M. Hellmann III S. 237, 238, welcher mit Berufung auf das Wort „auch" die Reichsgerichtsanwälte zur Anfertigung der Revisionsschrift für berechtigt ansieht.)

2) Der Abs. 2 ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. hinzugefügt, um Zweifel zu heben, an welchen der verschiedenen Bevollmächtigten die Zustellung zu erfolgen hat.

§ 9.

1) Das Reichsgericht bildet im Falle des § 9 das „im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht". Vgl. CPO. § 36 Anm. 2.

2) — „und nicht im Bezirke eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben" — Diese Worte sind von der RTK. hinzugefügt, um in den Fällen, in denen es sich um Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen zwei Gerichten handelt, welche zwar verschiedenen Bundesstaaten angehören, aber ein gemeinschaftliches Oberlandesgericht besitzen, nicht die Entscheidung des Oberlandesgerichts auszuschließen und durch die des Reichsgerichts zu ersetzen.

§ 10. Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Entmündigungssachen finden auf die Bestellung eines Beistandes für einen Geistesschwachen oder für einen Verschwender, insofern diese Bestellung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderlich ist, entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 6. Entw. III. § 7. Mot. S. 379, 482. Prot. S. 639.

§ 11. Die Landesgesetze können in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Anwendung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen, insoweit nicht §. 849 der Civilprozeßordnung entgegensteht.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 7. Entw. III. § 8. Mot. S. 460. 482. Prot. S. 639.

§ 12. Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

N. Entw. § 7. Entw. I. — Entw. II. § 8. Entw. III. § 9. Mot. S. 482, 483. Prot. S. 639.

§ 13. Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1. §. 2 des Gesetzes, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, vom 29. Mai 1868;
2. Artikel 34—36, 37 Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2, 488, 494, 889 des Handelsgesetzbuchs;

---

§ 10.

Vgl. oben S. 660 Anm. 3c.

§ 11.

Vgl. oben S. 908, 909 Anm. 2—4, CPO. §§ 837 Anm. 3, 849 Anm. 1. S. auch EG. z. GVG. § 3 Abs. 3. Der Satz „insoweit — entgegensteht" ist von der RTK. in Konsequenz der zu § 849 der CPO. gefaßten abändernden Beschlüsse hinzugefügt worden.

§ 12.

Vgl. CPO. § 512 Anm. 1, Wach I § 15 S. 185 ff.

§§ 13—16.

Die §§ 13—15 handeln von dem Einflusse der CPO. auf die bisherigen prozeßrechtlichen Vorschriften, und zwar § 13 auf diejenigen der Reichsgesetze, die §§ 14, 15 auf diejenigen der Landesgesetze. Daran schließen sich in § 16 Bestimmungen über das Verhältniß zu gewissen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, von welchen es zweifelhaft sein kann, ob sie nicht dem Prozeßrechte angehören. (Ueber das Verhältniß des Prozeßrechts und Privatrechts zu einander im Allgemeinen s. Wach I S. 117 ff.)

§ 13.

1) Der Abs. 1 stellt den Grundsatz an die Spitze, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die CPO. nicht berührt werden. Daß ein Gleiches bezüglich der materiell-rechtlichen Vorschriften des Reichsrechts gilt, ist als selbstverständlich anzusehen (vgl. auch RG. I S. 446, Endemann III S. 517, Gaupp III S. 599).

Die Mot. äußern darüber:

„Die prozeßrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze, deren Zahl nicht unerheblich ist, lassen sich, in ihrem Verhältnisse zu den Vorschriften der CPO. aufgefaßt, in drei Kategorien zerlegen:

1. Normen, welche mit den Vorschriften der CPO. übereinstimmen;
2. Normen, welche den Vorschriften der CPO. widersprechen;
3. Normen, welche, in ein prozessuales Gewand gekleidet, materielles Recht enthalten.

— —

3. §. 6 des Gesetzes, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871;
4. §. 14 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, insoweit diese Vorschrift die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft;
5. §. 144 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873;
6. §. 78 Abs. 3 des Gesetzes über Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§. 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterbrochen wird.

In den Fällen der Artikel 348, 365, 407 des Handelsgesetzbuchs ist das im §. 448 der Civilprozeßordnung bezeichnete Amtsgericht zuständig; auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung in dem achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs entsprechende Anwendung.

N. Entw. § 6. Entw. I. – Entw. II. § 9. Entw. III. § 10. Mot. S. 483–486. Prot. S. 640–642

Unläugbar wäre es erwünscht, neben der CPO. die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze zu beseitigen, insoweit dieselben nicht ausdrücklich aufrechterhalten werden müssen; denn der praktische Vortheil, alle Prozeßrechtssätze in ein Gesetz zusammengestellt zu haben, ist nicht zu unterschätzen. Allein andererseits darf nicht übersehen werden, daß dieser Vortheil vorübergehender Natur ist, da die Weiterentwickelung des materiellen Rechts auch nach dem Inkrafttreten der CPO. zur Aufstellung neuer abweichender prozessualer Normen führen muß, ohne daß es in allen Fällen möglich sein wird, dieselben in ähnlicher Weise, wie es bei dem Strafgesetzbuche — — — geschehen ist, in die CPO. einzufügen. Für die Entscheidung muß daher die Erwägung den Ausschlag geben, daß die Aufrechterhaltung der prozeßrechtlichen Normen die Anwendung der Reichsgesetze nicht nur erleichtern, sondern auch deren richtige Anwendung sicherstellen wird. Der Richter ist dadurch der intrikaten Prüfung überhoben, ob die Normen der Kategorie sub 3 angehören, und kann die Normen sub 1 anwenden, ohne in jedem Falle untersuchen zu müssen, ob dieselben den Vorschriften der CPO. entsprechen."

2) Nach der Regel des Abs. 1 bleiben von prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze (in dem in der Anm. 1 erläuterten weiteren, insbesondere auch Normen unter Nr. 3 das. umfassenden Sinne) z. B. bestehen: Ges., betr. die Aufhebung der Schuldhaft, v. 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) § 1; Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868 (BGBl. S. 415) §§ 11, 13, 16, 17, 22, 24, 29, 35 (vgl. RG. XIV S. 29 u. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VIII S. 496), 43, 49, 50, 56 (vgl. RG. VII S. 319), 59; Ges., betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns, v. 21. Juni 1869 §§ 1–4 (BGBl. S. 242); vgl. jedoch CPO. § 749 Anm. 1 u. 12; Gewerbeordnung nach dem Texte v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) §§ 11, 88, 97 Nr. 4, 101 Abs. 2 u. 3, 120a; WO. Art. 17, 26, 46, 50, 51, 73, 41 in Verbindung mit 91; HGB. Art. 111, 144, 164, 172, 213, 244, 247, 313–315, 324 [nicht 325 (vgl. RG. I S. 445, 446)], 342, 455, 475; — 9, 194, 195, 226; — 117, 137, 167, 196, 227, 235, 460; — 27, 37 Satz 1 (vgl. dazu RG. XV S. 379, ROHG. 2 S. 129), 38, 40, 79 Abs. 1, 888; — 232, 609, 610; 490–493; 119, 120, 126, 132, 169, 170, 446; 305; Ges. über die Abgaben von der Flößerei v. 1. Juni 1870 § 2 (BGBl. S. 312); Nachdrucksges. v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339) §§ 19, 29–31, 55; Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 (RGBl. S. 207) § 7; Postges. v. 28. Oktober 1871 (RGBl. S. 347) §§ 7, 8, 13, 20, 47; Rayonges. v. 21. Dezember 1871 (RGBl. S. 459) §§ 42, 45; Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) § 105; Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) §§ 21, 22, 143, 144 mit Ausnahme des Abs. 4, 145, 147, 149, 151–155;

Aufgebotsges. v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91) u. alle Reichsanleihegesetz., welche Bestimmungen über das Aufgebot enthalten (vgl. allg. Bem. 3 z. CPO. Buch 9 oben S. 909); Kriegsleistungsges. v. 13. Juni 1873 (RGBl. S. 129) § 34; Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73) §§ 26—35, 38, 39; Markenschutzges. v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143) §§ 13, 16, 17, 19; Ges. über die Beurkundung des Personenstandes u. d. Eheschließung v. 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) §§ 76, 77, 78 Abs. 1 u. 2; Bankges. v. 14. März 1875 (RGBl. S. 177) §§ 50—52; Ges., betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, v. 9. Jan. 1876 (RGBl. S. 4) § 16; Ges., betr. den Schutz der Photographien, v. 10. Jan. 1876 (RGBl. S. 10) §§ 9, 10; Ges., betr. das Urheberrecht an Mustern u. Modellen, v. 11. Januar 1876 (RGBl. S. 11) §§ 14, 15; Ges. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876 (RGBl. S. 125) §§ 5, 10, 16—18; Patentges. v. 25. Mai 1877 (RGBl. S. 501) §§ 18 (vgl. RG. VI S. 339), 27—32, 37, 39; Ges., betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 § 2 (RGBl. S. 89). Prozessualische Vorschriften enthalten auch folgende neueren Reichsgesetze: Anfechtungsges. v. 21. Juni 1879 (RGBl. S. 277) § 13; Ges., betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, v. 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73) §§ 25, 35, 58, 64, 65, 72, 73; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) §§ 9 Abs. 4, 23, 46—50, 63, 68; Ges. über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung v. 28. März 1885 (RGBl. S. 159) § 16 Abs. 3; Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) §§ 12, 13, 28, 50—54, 67, 68, 73, 103, 106, 107, 136.

[Ueber das Verhältniß des HGB. zur CPO. s. die den N. E. betreffende Abh. von R. Koch in Busch, Arch. 17 S. CXXI ff.]

3) Auch der § 39 des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45) ist unberührt geblieben.

In der RTK. wurden Zweifel erhoben, ob nicht der Abs. 3 durch § 15 der CPO. modifizirt worden sei, weil der erstere nicht selbst reichsgesetzliche Vorschriften giebt, sondern nur landesgesetzliche Vorschriften aufrecht erhält. Indessen abgesehen davon, daß in § 13 des EG. z. CPO. unter „prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze" auch solche Vorschriften der Reichsgesetze, welche landesgesetzliche Bestimmungen aufrechterhalten, zu verstehen sein dürften [bei entgegengesetzter Auslegung hätte es der ausdrücklichen Aufhebung des Art. 34 Abs. 3 des HGB., welcher gleichfalls nur auf die Landesgesetze verweist, sowie des § 6 des Ges. v. 7. Juni 1871, welcher, abgesehen von der Verweisung auf die Landesgesetze, mit den Vorschriften der CPO. übereinstimmt (vgl. unten Anm. 6), nicht bedurft], erledigt namentlich die Entstehungsgeschichte des § 15 a. a. O. jene Zweifel. Der demselben entsprechende § 16 des N. E. enthielt als Abs. 2 die Vorschrift:

> „Hält sich ein Truppentheil dauernd im Auslande auf, so kann durch Kaiserliche Verordnung für die zu dem Truppentheile gehörigen Personen ein deutscher Ort als Garnisonort bestimmt werden."

Dieser Absatz ist noch in den Entw. I u. II beibehalten, und in den Mot. zum § 39 des Reichsmilitärgesetzes wird auf denselben in nachstehender Weise Bezug genommen (Sten. Ber. d. D. Reichstags 2. Legisl. 1. Sess. 1874. Bd. 3 S. 54 i. A.):

> „Der Vorbehalt im dritten Absatz ist nothwendig, um dem allgemeinen Grundsatz an der Spitze des Paragraphen gegenüber landesgesetzliche Vorschriften, wie den Abschn. I u. III des Preuß. Gesetzes v. 8. Juni 1860 (GS. S. 240) und den Abschn. IV u. V der K. Sächs. Verordn. vom 4. Dez. 1867 (Ges. u. Verordnungsblatt S. 500) aufrecht zu erhalten, wonach für den Fall der Mobilmachung oder eines dauernden Aufenthalts der Truppen im Auslande einem inländischen Gerichte oder den Auditeuren gewisse Funktionen der bürgerlichen Gerichtsbarkeit übertragen werden oder übertragen werden können. Die definitive, gleichmäßige Regelung dieses Gegenstandes für alle Theile des Deutschen Heeres gehört zum Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung bzw. des Gesetzes über die Gerichtsorga-

nisation; einen Anfang dazu enthält auch schon der § 15 des Entwurfs der Deutschen Civilprozeßordnung, indem er bestimmt, daß für dauernd im Auslande stationirte Truppen durch Kaiserliche Verordnung ein Deutsches Gericht als Gericht des persönlichen Gerichtsstandes bezeichnet werden kann."

Dagegen findet sich der gedachte Absatz nicht mehr in dem vom Bundesrathe revidirten Entw. III. Der Grund der Streichung geht nun freilich aus den Motiven nicht hervor; allein es ist viel wahrscheinlicher, daß dabei nicht die bis dahin nirgends hervorgetretene Absicht obwaltete, den Abs. 1 des § 15 der CPO. zur ausnahmslosen Regel zu machen, als vielmehr die Absicht, den soeben zum Gesetz erhobenen § 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes, welcher an die Stelle der früher vorgeschlagenen Kaiserlichen Verordnung das Landesrecht setzte, unverändert bestehen zu lassen. Hiermit stimmt auch die Aeußerung des Regierungsvertreters v. Amsberg in der RTK. (Prot. S. 641, 642), daß § 39 Abs. 3 a. a. O. habe intakt bleiben sollen, überein.

Darnach spricht § 15 der CPO. die Regel aus; § 39 Abs. 3 a. a. O. aber tritt der Anwendung dieser Regel insoweit entgegen, als abweichende landesgesetzliche Vorschriften bestehen bzw. im Verordnungswege in Kraft gesetzt werden dürfen. Vgl. für Preußen Kab.O. v. 19. Juli 1834 (GS. S. 132), Ges. v. 26. April 1851 Art. VIII (GS. S. 184), Ges. v. 8. Juni 1860 §§ 1—3, 13 (GS. S. 243), AG. z. GVG. § 111. [Diese Ansicht theilen: Seuffert CPO. § 15 Anm. 1, Siebenhaar S. 14, Petersen CPO. § 15 Nr. 4, Endemann I S. 350, Wilm. Levy Anm. 1, 2 Nr. 18 u. CPO. § 15 Anm. 1, Fitting § 12 Anm. 3, Gaupp I S. 51, Wach I S. 408 Anm. 38 u. A. Enger: Sarwey I S. 33, Laband, Staatsr. d. D. Reichs III 1. S. 258 Anm. 2 u. noch mehr Puchelt I S. 130.]

4) Abs. 2 Nr. 1: Der § 2 des Ges. v. 29. Mai 1868 ist durch § 798 der CPO. ersetzt. Vgl. das. §§ 796 Anm. 1, 798 Anm. 1.

5) Nr. 2: Die in den Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889 des HGB. enthaltenen Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler, der Journale und Verklarungen der Schiffer sowie der in Art. 888 aufgeführten Belege sind mit dem in § 259 der CPO. aufgestellten, allein maßgebenden Grundsatze der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar. (Vgl. das. Anm. 3, § 381 Anm. 4, RG. VI S. 354, Heusler im civ. Arch. 62 S. 311 ff.)

Im Uebrigen werden, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben und auch schon aus Abs. 1 von selbst folgt, die Bestimmungen der Art. 490 ff. über die Verklarung und des Art. 888 über die dort aufgeführten Belege auch für Prozesse künftig ihre volle Bedeutung behalten.

Art. 37 Satz 2 ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Wolffson hier aufgenommen, weil der in demselben unbedingt angedrohte Rechtsnachtheil mit dem milderen Präjudiz des § 392 der CPO. nicht im Einklange steht. Vgl. das. Anm. 1.

Art. 39 und 79 Abs. 2 d. HGB. werden durch § 399 d. CPO. ersetzt (vgl. § 399 Anm. 1).

„Bei dem Grundsatze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme muß die Anordnung der Vorlegung der Urkunde vor einem beauftragten oder ersuchten Richter lediglich der Fakultät des erkennenden Gerichts überlassen sein". (Mot.)

Die Vorschrift des Art. 79 Abs. 1 ist aufrecht erhalten. Vgl. CPO. §§ 133—135 Anm. 1, 133 Anm. 1. [So auch Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 23 S. 300, Behrend, Lehrb. d. HR. I S. 297 ff., v. Völderndorff in Endemann, Handb. d. D. Handels- rc. Rechts I S. 235.]

In der RTK. wurde ein Antrag, das in Art. 39 enthaltene unbedingte Verbot der Versendung der Handelsbücher an ein anderes Gericht bestehen zu lassen, abgelehnt.

Dagegen wurde in der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann der Art. 38 d. HGB., welcher nach dem Entw. gleichfalls aufgehoben werden sollte, aufrecht erhalten. Derselbe weicht

§ 14. Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des §. 3 nach

---

von dem § 122 der CPO. in doppelter Beziehung ab, indem nach ihm einerseits dem Richter zur Prüfung der ordnungsmäßigen Führung der Handelsbücher der ganze Inhalt offen gelegt werden muß, andererseits trotzdem der Gegner nur soweit Einsicht nehmen darf, als der Inhalt den Streitpunkt betrifft (vgl. Goldschmidt a. a. O. Bd. 29 S. 365 ff.).

Die Aufnahme des Art. 305 Abs. 2 Satz 2 d. HGB. in die Nr. 2 ist von der RTK. als selbstverständlich abgelehnt worden (vgl. CPO. §§ 837 ff.).

6) Nr. 3: Die hier bezeichnete Vorschrift des Haftpflichtgesetzes (RGBl. S. 207) wird (wegen der Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht) durch die §§ 259, 260 d. CPO. ersetzt.

7) Nr. 4: § 14 des Postgesetzes (RGBl. S. 347) wird durch § 239 der CPO. ersetzt. Vgl. das. Anm. 1.

8) Nr. 5 und 6 sind von der RTK. wegen der in den betreffenden Paragraphen enthaltenen Verweisung auf das Landes-Civilprozeßrecht hier aufgenommen.

9) Der Abs. 3 bezweckt, wie die Mot. hervorheben, die Vorschriften des Art. 80 d. WO. über die Unterbrechung der Wechselverjährung mit den Vorschriften der CPO., nach welchen die dort ausschließlich an die Behändigung (Zustellung) der Klage bzw. der Streitverkündung geknüpften Wirkungen (s. CPO. § 239) auch durch andere prozessualische Akte hervorgebracht werden können (§§ 190 Anm. 1, 254 Anm. 2, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 — vgl. § 457 Anm. 1, 2), in Einklang zu bringen. (Vgl. RG. X S. 243). Der § 633 d. CPO. (vgl. das. Anm. 2, § 637 Anm. 1) ist zwar nicht mit aufgeführt. Trotzdem ist anzunehmen, daß auch durch Zustellung eines Zahlungsbefehls die Wechselverjährung unterbrochen wird, weil schon im Art. 80 d. WO. unter der „Klage“ der Zahlungsbefehl mit zu verstehen ist, und der Abs. 2 des § 13 d. EG. z. CPO. nur bezweckte, prozessualische Handlungen, welche mit einer Behändigung nicht verbunden sind, der Behändigung der Klage gleichzustellen, außerdem auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. HE. § 501, NE. § 755) darauf hinweist. [So auch Bolze im civ. Arch. 68 S. 1 ff., Seuffert Anm. 7, Wilm. Levy CPO. § 633 Anm. 2; vgl. auch Thöl, Handelsrecht I § 331 S. 768, Hellmann, Lehrb. S. 929 ff., dessen Gründen aber nicht durchweg beizutreten ist. A. M. RG. v. 22. Dez. 1883 u. 7. Juni 1884 bei Bolze a. a. O. — auch RG. XIV S. 31 bzw. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1013 abgedruckt — vgl. auch RG. in Gruchot XXVIII S. 1017, wo eine unhaltbare Unterscheidung zwischen den zur amtsgerichtlichen und zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Wechselklagen gemacht wird.]

Eine entsprechende Ausdehnung der Vorschrift des Art. 80 d. WO. über die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung des Wechselbeklagten auf andere Fälle der Streitverkündung ist nicht statthaft (RG. X S. 293).

10) Der Abs. 4 ordnet zunächst für die in ihm bezeichneten Fälle — auch für die Verkaufsanordnung im Falle des Art. 407 Abs. 4 (Sydow, CPO. 3. Aufl. S. 126 Anm. 15. A. M. Keyßner a. a. O. Bd. 25 S. 511) — die Zuständigkeit des Amtsgerichts an (während die Art. 348 und 407 HGB. in erster Reihe das Handelsgericht für zuständig erklären) und setzt sodann die Anwendbarkeit der Vorschriften der CPO. über den Sachverständigenbeweis für diese Fälle außer Zweifel. Die Form des Antrags richtet sich nach den Vorschriften der CPO. §§ 448 ff. (Vgl. oben S. 505 ff., Hauser in s. Zeitschr. f. Reichs- u. Landesr. IV S. 28 Anm. 4.) Alle übrigen von der CPO. nicht betroffenen Angelegenheiten, welche im HGB. den Gerichten zugewiesen sind, unterliegen hinsichtlich der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte der Regelung durch die Landesgesetzgebung (vgl. z. B. Preuß. AG. z. GVG. § 25 Nr. 2 — GS. S. 230).

§ 14.

1) Der Abs. 1 stellt — im Gegensatz zu § 13 — als Regel auf, daß in den der CPO. unterliegenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die prozeßrechtlichen Vorschriften der

den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Außer Kraft treten insbesondere:

1. die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter;
2. die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen;
3. die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;
4. die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urtheilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfristen zu gewähren;
5. die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.

N. Entw. §§ 425, 462, 465. Entw. I. — Entw. II. § 10. Entw. III. § 11. Mot. S. 199—201, 208, 212—214, 224, 390, 391, 486. Prot. S. 642—646.

Landesgesetze — einschließlich derjenigen, welche Gerichtsverfassungsgrundsätze sind (Wach I S. 192) — beseitigt sind. Darauf, ob dieselben sich in Prozeßgesetzen oder in anderen das materielle Recht betreffenden Gesetzen befinden, kommt es nicht an (vgl. § 16 Anm. 8), wie andererseits materielles Recht, welches sich in Landesprozeßgesetzen befindet, durch die CPO. nicht berührt wird (Wach I S. 191 ff.), sofern die letztere es nicht ausnahmsweise beseitigt (Wach I S. 118).

Dagegen bleiben die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bestehen für diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, auf welche nach § 3 d. EG. die CPO. überhaupt keine Anwendung findet, sowie für alle Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, z. B. wegen Führung der Handels-, Genossenschafts- und Schiffsregister, in Vormundschafts-, Hypothekensachen usw.

Unter § 14 fallen auch die Prozeßstrafen, d. h. diejenigen Strafen, welche das Prozeßrecht als solches wegen mißbräuchlicher Ausübung prozessualischer Befugnisse festsetzt, im Gegensatz zu solchen, welche das Strafrecht oder Civilrecht an gewisse Thatbestände knüpft, die auch prozessualische sein können (Planck I S. 376. Abweichend L. Seuffert, Poenae temere litigantium im civ. Arch. 67 S. 323 ff., bes. 327).

Zu den prozeßrechtlichen Vorschriften gehört nicht die L. 17 Cod. de fide instr. (4, 21); (vgl. RG. in Seuffert, Arch. 36 Nr. 258).

— „soweit nicht in der — berührt werden" — z. B. CPO. §§ 383, 706, 731, 757, 811, 823 ff.

[Ueber das Verhältniß von Reichsrecht und Landesrecht im Civilprozeß im Allgemeinen s. Wach I S. 189 ff. u. Planck I S. 14. Ueber die heutige Geltung der Preuß. AGO. s. Basch, Die AGO. für d. Preuß. Staaten 2. Aufl. Berlin 1884, besprochen in Gruchot, Beitr. XXIV S. 779 ff., u. Vierhaus: AGO. f. d. preuß. Staaten v. 6. Juli 1793 u. Preuß. KO. v. 8. Mai 1855. Textausg. der noch gültigen Vorschriften mit Anm. u. Sachreg. Berlin u. Leipzig 1883. Speziell über die Geltung des Th. III der AGO. s. Vierhaus in Gruchot, Beitr. XXVII S. 655 ff. Ueber das Verhältniß des rheinischen Rechts zum Reichsrecht s. unter diesem Titel Cretschmar. Dürfeld 1883.]

2) Der Abs. 2 bezeichnet zur Hebung von Zweifeln gewisse Vorschriften, deren Natur als prozeßrechtliche möglicherweise angefochten werden kann, ausdrücklich als aufgehoben. Der Ausdruck „insbesondere" weist darauf hin, daß es sich dabei nur um eine Anwendung des im Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes handelt.

3) Nr. 1: Die Nr. 1 ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. aufgenommen,

weil innerhalb der letzteren eine Meinungsverschiedenheit darüber entstanden war, ob, die wie Mot. (S. 213) annehmen, die Aufhebung der betreffenden Vorschriften schon von selbst aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (CPO. § 259) folge. Nach der Aufnahme des Satzes steht es fest, daß dem Civilrichter überlassen ist, „nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob die von dem Strafrichter festgestellten Thatsachen — Thatbestand und Thäterschaft — für wahr zu erachten seien". Selbstverständlich kann er diese Ueberzeugung auch ohne Wiederholung der Beweisaufnahme auf Grund des früheren Strafurtheils erlangen; ja er wird sie, wie die Mot. mit Recht hervorheben, sogar regelmäßig auf Grund desselben gewinnen, wenn nicht für dessen Unrichtigkeit von den Parteien sehr gewichtige Gründe beigebracht werden. „Nur ausnahmsweise wird im Civilverfahren eine nochmalige Beweisaufnahme über die vom Strafrichter bereits als erwiesen angenommene Thatsache erforderlich sein." Bei erfolgter Freisprechung wegen ungenügenden Beweises wird der Civilrichter eher zu einer neuen Aufnahme des Beweises kommen, z. B. wenn neue Beweismittel vorgeschlagen sind. Vgl. CPO. §§ 259 Anm. 3, 543 Anm. 7.

[Für den gleichen Grundsatz: Plen. Beschl. d. preuß. OT. v. 15. Dez. 1856 (Entsch. 34 S. 19, Goltdammer, Arch. f. StrR. Bd. 5 S. 370 ff.), Bericht der Justizkommission d. preuß. Abg.-Hauses 1856 (Goltdammer a. a. O. S. 344), die Hann. Prozeßkommission (Hann. Prot. VI S. 2063—2073, XV S. 5641—5652), Planck, Gutachten für d. 6. D. Juristentag (Verh. I S. 3—44); der 7. D. Juristentag (Verh. II S. 165 ff., 239 ff.). Abweichend: die französische Doktrin u. Praxis (vgl. Aubry et Rau, Cours de droit civil français Éd. III Tom. VI p. 504, Ortolan, Résumé des éléments de droit pénal p. 317, 453 ff. Éd. Clunet, Influence de la chose jugée au criminel sur le civil. Paris 1885 p. 23), Preuß. StrPO. v. 25. Juni 1867 § 10 (GS. S. 933 ff.), Bayer. PO. Art. 323, Württ. PO. Art. 7, Sächs. StrPO. v. 1. Okt. 1868 Art. 449, P. C. § 273, R. C. § 462 usw. In Deutschland war die Praxis früher schwankend. (Vgl. Gruchot, Beitr. II S. 354 ff., Förster (Eccius) I § 55 S. 310 Anm. 9.)]

4) Nr. 2: Hierunter fallen vor allem (wenngleich nicht allein; vgl. z. B. CPO. § 410 Anm. 6) die französisch-rechtlichen Bestimmungen über Ausschließung und Beschränkung des Zeugenbeweises (Code civ. art. 1341—1348, 1353; vgl. auch Bayer. PO. Art. 399, sowie über das sichere Datum in Privaturkunden (Code civ. art. 1328, 1410 — RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 127 Nr. 67), dagegen nicht die (materiell-rechtlichen) Vorschriften des Code civ. art. 340 u. des hessischen Ges. v. 30. Mai 1821 (RG. V S. 367), ferner des Code civ. art. 1690 wegen Zustellung der Zession an den Schuldner (RG. X S. 273) und des art. 1483 wegen Errichtung eines notariellen Inventars (RG. XII S. 330). S. Näheres bei Wach I S. 194 Anm. 12.

[Ueber die legislatorische Seite der viel erörterten Frage vgl.: Hann. Prot. VII S. 2251—2300, XV S. 5703—5712, Nordd. Prot. S. 688, 689, 759, 988, 989; Planck in Krit. Vierteljahrsschrift IV S. 259—265, Verh. d. 5. D. Juristentags I S. 166 ff. (Gutachten v. Hinschius), II S. 78, 80, 232—247.]

5) Nr. 3: — „wahrscheinlich" — im Gegensatz von „gewiß" (§ 16 Nr. 1). Vgl. CPO. § 259 Anm. 3, Wendt im civ. Arch. 63 S. 291.

6) Nr. 4: vgl. CPO. § 671 Anm. 1 u. 3.

„Bewilligung von Moratorien" — z. B. von Seiten des Landesherrn [vgl. L. 2, 4 Code de proc. (1, 19), RPol.Ordn. v. 1577 Tit. 23 § 4, Windscheid, Pand. II § 275 Anm. 2 u. 3, Mandry S. 372, Dernburg II § 110] oder auch von Seiten des Gerichts (vgl. z. B. Preuß. KO. v. 8. Mai 1855 §§ 421 ff.). Stundungen im Konkurse durch einen Mehrheitsbeschluß der Gläubiger gehören nicht hierher (s. KO. §§ 160 ff.). Vgl. auch EG. z. KO. § 4.

„Urtheilsfristen" — vgl. L. 7, 29, 31 D. de re jud. (42, 1), §§ 2, 3 J. de off. jud. (4, 17), Preuß. AGO. I 24 § 2, 35 § 33 (v. Kampß Jahrb. Bd. 43 S. 485).

§ **15.** Unberührt bleiben:
1. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht;
2. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben; über das Verfahren in Betreff der Sperre der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere; über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;

„Befugnisse des Gerichts — Zahlungsfristen zu gewähren" — vgl. Code civ. art. 1244.

7) Nr. 5: Nach preuß. Recht (ALR. I 11 § 848) Zinsen, nach gemeinem Recht auch Früchte und Nutzungen [L. 13 Cod. de usur. (4, 32), L. 4 Cod. depos. (4, 34), L. 3 Cod. de fruct. (7, 51). Vgl. Striethorst Arch. 67 S. 179; andererseits ROHG. 9 S. 230, 21 S. 320, RG. I S. 349 und in Seuffert, Arch. 36 Nr. 272, Windscheid, Pand. I § 130 Anm. 24, II § 259 Anm. 10]. Damit ist aber nicht die Frage entschieden, ob eine Nebenforderung ihrer materiellen Natur nach (nach bürgerlichem Recht) selbständig verfolgbar ist. Vgl. CPO. §§ 279 Anm. 1, 292 Anm. 1. [Dafür, daß der Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Nebenrechten durch Einführung der CPO. beseitigt sei, sprechen sich außer Mandry S. 254 Anm. 15 auch Ruhstrat im civ. Arch. 65 S. 277 ff. — wenngleich aus etwas abweichenden Gründen, als Folge der Aufhebung der konsumirenden Kraft des Urtheils in § 293 d. CPO. — u. Planck, I S. 268 Anm. 63 aus; vgl. auch Kroll, Klage und Einrede S. 81, OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 38 Nr. 93. Gegen Mandry s. noch Brinz, Pand. II S. 118 ff., Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 183, Windscheid, Pand. II S. 259 Anm. 10, Gaupp I S. 24 u. II S. 144 u. Wilm. Levy CPO. § 292 Anm. 3.]

§ 15.

1) Der § 15 enthält die Ausnahmen von der in § 14 Abs. 1 aufgestellten Regel. Gleichgültig ist, ob die Landesgesetze gegenwärtig bestehen oder in Zukunft erlassen werden (vgl. RG. VII S. 399, Laband, Staatsrecht d. D. Reichs II S. 115, Gaupp III S. 607, Wach I S. 201 ff., 276 Anm. 21 u. A.).

2) Nr. 1: vgl. CPO. § 229 Anm. 1, GVG. § 17 Anm. 2, 6. Die Bestimmung der Nr. 1 ist nur eine Konsequenz der Vorschrift in § 17 Abs. 2 des GVG.

3) Nr. 2: — „über die Fortdauer des Gerichtsstandes — nach Auflösung derselben" — vgl. CPO. § 19 Anm. 2 und GVG. § 13 Anm. 2. Die Bestimmung sollte sich nach den Mot. hauptsächlich auf das Bayerische Genossenschaftsgesetz v. 29. April 1869 beziehen. Durch Gesetz v. 23. Juni 1873 (RGBl. S. 146) ist jedoch das Bundesgesetz v. 4. Juli 1868 in Bayern eingeführt. Die Vorschriften des ersteren behalten also nur für Gesellschaften und Vereine ihre Bedeutung. Vgl. EG. z. KO. § 6.

4) — „über das Verfahren — Inhaberpapiere" — Die Mot. erklären, daß die landesgesetzlichen Vorschriften (in Bayern, Württemberg, Baden, Hessen) über das betreffende Verfahren wegen des engen Zusammenhangs derselben mit der materiellen Seite des Instituts aufrecht erhalten seien, und fügen hinzu:

> „Hervorzuheben ist dabei, daß hier wie bei den weiteren landesgesetzlichen Vorbehalten in § 15 unter dem Verfahren auch die Bestimmungen über den Gerichtsstand, über die Aufhebung und den Vollzug der erkannten Maßregeln einbegriffen sind."

[Vgl. Hauser a. a. O. S. 39 Anm. 21, Verh. des 16. D. Juristentags I (1882) S. 33 ff. (Gutachten von Ladenburg).]

3. die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren;
4. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände), sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden;
5. die Vorschriften des französischen und des badischen Rechts über den erwählten Wohnsitz, soweit es sich um Zustellungen handelt, und über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten.

Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes.

N. Entw. — Entw. I. — Entw. II. § 11. Entw. III. § 12. Mot. S. 175, 486—488. Prot. S. 647—649.

---

5) — „über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen" — Insoweit diese Streitigkeiten nach den Landesgesetzen überhaupt nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören, findet auf sie die CPO. schon nach § 3 des EG. keine Anwendung. Aber auch soweit dieselben vor die ordentlichen Gerichte verwiesen sind, ist das landesgesetzliche Verfahren bestehen geblieben, welches, wie die Mot. hervorheben, „mehr oder minder durch das die Expropriation beherrschende öffentliche Recht beeinflußt ist, und darum auch fernerhin, in einzelnen Punkten wenigstens, von der gewöhnlichen Prozedur abweichend wird erhalten werden müssen. Es gehört dahin insbesondere die Frage, wie und zu welchem Zeitpunkte die Abtretung des zu expropriirenden Fundus erreicht werden kann." Aber auch besondere Bestimmungen über den Gerichtsstand (vgl. RG. III S. 303 u. in Seuffert, Arch. 38 Nr. 166), die Rechtsmittel (vgl. RG. VII S. 399) und über die Tragung der Prozeßkosten gehören hierher (vgl. z. B. § 30 Abs. 5 d. Preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigenthum v. 11. Juni 1874 [GS. S. 221]). — Vgl. z. B. für Preußen, außer dem angef. Ges. v. 11. Juni 1874 das Ges. v. 2. Juli 1875 (GS. S. 561), für Bayern: Hauser a. a. O. S. 38, für Württemberg: Gaupp III S. 608, 609, für Baden: Ges., die Einführung der Reichsjustizgesetze betr., v. 11. März 1879 § 113. (S. auch Wach I S. 204 Anm. 38.)

6) Nr. 3: vgl. CPO. § 694 Anm. 2.

„Der Ausdruck „erbschaftliches Liquidationsverfahren" begreift nicht blos das spezifisch-preußisch-rechtliche Institut dieses Namens, sondern allgemein jedes im Deutschen Reiche bestehende derartige gerichtliche Verfahren zu gleichem Zwecke, insbesondere das in Württemberg im Falle des Gebrauchs der Rechtswohlthat des Inventars eintretende Offizialverfahren zur Auseinandersetzung des Nachlasses." (Mot.)

Eine Modifikation s. in Abs. 2. — Für Preußen vgl. das Ges., betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereiche des Allg. Landrechts, v. 18. März 1879 (GS. S. 293), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 275 ff. Außerhalb dieses Bereichs bestehen in Preußen keine besonderen Vorschriften (Mot. d. Ges. S. 8). Für Württemberg s. Gaupp III S. 609.

7) Nr. 4: Die Mot. (S. 393) bemerken:

„Wegen Geldforderungen gegen den Fiskus oder gegen Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, die Zwangsvollstreckung zu gestatten, kann, nach den Verhältnissen der einzelnen Bundesstaaten sich als unangemessen darstellen — und die Zulassung der Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und andere kommunale Verbände kann dahin führen, daß die denselben obliegende Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten gestört wird."

Für Preußen vgl.: § 33 I 35 AGO., Anh. §§ 153 zu § 45 I 24 das. und 242 zu § 33 cit., nach denen solche Zwangsvollstreckungen den Gerichten zugewiesen sind und daher von Ge-

§ **16.** Unberührt bleiben:

1. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist.

   Insoweit der Beweis des Gegentheils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§. 410 ff. der Civilprozeßordnung geführt werden.

Unberührt bleiben ferner:

---

richtsvollziehern im Auftrage des Gläubigers nicht bewirkt werden dürfen (vgl. d. allg. Bem. oben S. 776 unter 2); Rhein. Ressort-Reglement v. 20. Juni 1818 § 25 und die bei Oppenhoff, Die preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse. Berlin 1873. S. 287 u. 279 angeführten französisch-rechtlichen Vorschriften; wegen der Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus in den gemeinrechtlichen Landestheilen (durch Gerichtsvollzieher): Allg. Verf. des Justizmin. v. 18. Juli 1881 (JMBl. S. 160); für Bayern: Bayer. PO. Art. 882, Hauser a. a. O. S. 39 Anm. 21; für Württemberg: AG. z. CPO. Art. 31, Gaupp III S. 250, 251.

Der Vorbehalt ist übrigens auf die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (CPO. §§ 708—768) beschränkt und gilt auch für diese nur insoweit, als nicht dingliche, z. B. hypothekarische, Rechte verfolgt werden.

8) Nr. 5: Ueber den „erwählten Wohnsitz" (domicile élu) bei Zustellungen vgl. Code civ. art. 111, Code de proc. art. 59 nr. 3; Bad. LR. S. 111, Bad. PO. § 31 (s. auch RG. X S. 307).

Ueber das wegen seines Zusammenhanges mit dem bürgerlichen Rechte aufrecht erhaltene Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten (demande en séparation de biens) vgl. Code civ. art. 1443—1452, Code de comm. art. 65—70; Code de proc. art. 865—874; Bad. PO. §§ 1056—1060; EG. z. Bayer. PO. Art. 96. S. auch EG. z. GVG. § 3.

In Preußen ist dieses Verfahren für den Bezirk des Appellationsgerichtshofes (jetzt Oberlandesgerichts) zu Cöln neu geregelt durch § 11 des AG. z. CPO., in Baden durch EG. z. d. Reichsjustizgesetzen §§ 37—40, in Bayern für die Pfalz durch AG. z. CPO. Art. 190—197.

Ueber das Theilungsverfahren des franz. Rechts [Preuß. Ges. v. 18. April 1855 (GS. S. 521)] im Verhältniß zur CPO. s. d. in D. J. Ztg. 1885 S. 109 angeführte Literatur und Rechtsprechung sowie RG. XII S. 329.

9) Der in den Entwürfen enthaltene Vorbehalt zu Gunsten der Vorschriften des mecklenburgischen Rechts über die Klagen des Fiskals gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen und auf Strafe wegen Zuwiderhandlungen gegen diese Verpflichtungen ist von der RTK. als selbstverständlich und nicht hierher gehörig — da es sich nur um Disziplinarmaßregeln handle — gestrichen worden.

Auch wurde von der RTK. ein Antrag auf Beibehaltung der Vorschriften des kurhessischen Ges. v. 23. Okt. 1865, die Gewährleistung für Mängel von Hausthieren betreffend, über das der Klageanstellung vorausgehende Anzeigeverfahren (§§ 3 ff. das.) abgelehnt.

10) Abs. 2: Aehnlich CPO. § 757 Abs. 3, KO. §§ 65, 134, 152.

§ 16.

1) Nr. 1: vgl. CPO. § 259 Anm. 3, §§ 323, 324 Anm. 2. Es sind hier die praesumtiones juris et de jure (Fiktionen) und die praesumtiones juris (Rechtsvermuthungen) gemeint. [Vgl. Wetzell S. 146 ff., 160, 188 usw., Renaud S. 277 ff., Windscheid, Pand. I §§ 67 Anm. 5, 133 Anm. 10, Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 24, Wendt im civ. Arch. 43 S. 288 ff., Demelius, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen

2. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;
3. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;
4. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können;
5. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung;
6. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle, sowie über die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln;
7. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Voraussetzungen der böslichen Verlassung, namentlich in Ansehung der Frist, welche seit der Entfernung des Beklagten verstrichen sein muß, sowie in Ansehung der Fälle, welche der böslichen Verlassung gleichgestellt sind;
8. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine bösliche Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der Beklagte die in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Rückkehrbefehle nicht befolgt hat.

N. Entw. §§ 456, 1101. Entw. I. — Entw. II. § 12. Entw. III. § 13. Mot. S. 210—212, 208, 266, 443, 358, 359, 368, 488. Prot. S. 649, 650, 758.

Bedeutung (1858) und die sonst von Windscheid angeführte Literatur; Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen. Weimar 1866; die oben S. 141, 142, CPO. § 129 Anm. 1 angef. Abhandlungen u. R. Koch, „Die Vermuthungen des preuß. R. gegenüber d. k. Nordd. CPO." in Gruchot, Beitr. XIII S. 336 ff. S. auch Bayer. PO. Art. 322 Abs. 1, Württ. PO. Art. 400, N. E. § 456.]

2) Nr. 1 Abs. 2: Die Mot. bemerken (S. 212):

„Im Falle einer praesumtio juris ist der Beweis des Gegentheils zulässig; da die der präsumirten Thatsache direkt entgegenstehende Thatsache unter den Gesichtspunkt der Einrede fällt, so ist der Beweis derselben als Einredenbeweis aufzufassen (vgl. Wetzell 3. Aufl. S. 160, 161). Daraus ergiebt sich ohne Weiteres, daß dieser Beweis durch Eideszuschiebung geführt werden kann. Zur Beseitigung von Zweifeln, welche einer abweichenden Auffassung des Beweises und der Fassung des § 411 entnommen werden könnten, hat der Entwurf im Anschluß an Bayer. PO. Art. 457 und N. E. § 611 die Zulässigkeit der Eideszuschiebung im EG. § 16 Nr. 1 ausdrücklich ausgesprochen."

Vgl. CPO. § 411 Anm. 1, 2. S. auch Hann. PO. § 222.

Ueber die Ausdrücke „Gegenbeweises", „Beweise des Gegentheils" vgl. CPO. §§ 255 Anm. 4, 411 Anm. 2. Ist der Beweis des Gegentheils nicht zulässig, so liegt eine Fiktion (praesumtio juris et de jure) vor. Die Frage, ob der Gegenbeweis geführt ist, muß nach den Vorschriften der CPO. (vgl. besonders § 259), nicht nach denjenigen des besonderen Landesrechts entschieden werden (s. RG. in Gruchot, Beitr. XXV S. 1110, Gaupp III S. 611).

3) Nr. 2: vgl. Ges. v. 6. Febr. 1875 § 15 (RGBl. S. 23); CPO. § 383 Abs. 3 u. Anm. 1—3.

4) Nr. 3: vgl. oben S. 866. Ueber den civilrechtlich gebotenen Offenbarungseid s. nach gem. Recht: L. ult. § 10 Cod. de jure delib. (6, 30), Nov. 1 c. 2 § 1, Wetzell S. 294 ff., Windscheid, Pand. III § 615 a. E., Bähr in Jahrb. f. Dogmatik XIII S. 251, Francke, Der Offenbarungseid im Reichsrecht S. 103 ff., Grisebach in Böbiker, Mag. II S. 233 ff., RG. VIII S. 164, XI S. 205, 395, XIV S. 208, OLG. Braunschweig in Seuffert,

§ 17. Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.

Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden bleiben unberührt, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.

N. Entw. § 565. Entw. I. § 353. Entw. II. § 13. Entw. III. § 14. Mot. S. 488, 489. Prot. S. 650.

Arch. 36 Nr. 51, RG. das. 39 Nr. 312, OLG. Kiel das. 41 Nr. 198; nach preuß. Recht: ALR. I 9 §§ 440, 441, AGO. I 22 § 29 Nr. 3; Dernburg III § 230 Anm. 20, S. 670, Förster (Eccius) IV § 279 S. 699 Anm. 6.

5) Nr. 4: vgl. die allg. Bem. z. d. §§ 814—820 der CPO., RG. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1162. Für Preußen s. AG. z. CPO. § 18, Ges. v. 4. März 1879, betr. d. Zwangsvollstr. i. d. unbewegl. Verm., § 17, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 254, 300.

6) Nr. 5: vgl. oben S. 639 Anm. 6.

7) Nr. 6—8: Die Mot. (S. 368) sagen:

„Zur Sicherung des materiellen Rechts in Betreff der malitiosa desertio und der quasidesertio hat sich der Entw. veranlaßt gesehen, dem EG. § 16 Nr. 7, 8 einen doppelten Vorbehalt einzufügen und durch den weiteren Vorbehalt im § 16 Nr. 6 das dem preuß. Rechte (ALR. II, 1 §§ 680, 685, 709, Verodn. v. 28. Juni 1844 §§ 63, 64, Ges. v. 1. März 1869 § 32) und dem partikulären Recht einzelner Rechtsgebiete angehörige, mit der böslichen Verlassung im Zusammenhange stehende Institut der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle zu wahren."

In der RTK. entstanden Zweifel darüber, inwieweit die von den Nr. 6—8 bezogenen Vorschriften in Wirklichkeit dem bürgerlichen Rechte angehören, und es wurde schließlich als die auch vom Regierungskommissar getheilte Ansicht der Kommission konstatirt, „daß die Gerichte solche prozessuale Handlungen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Voraussetzung gewisser civilrechtlicher Rechtsverhältnisse sind, auch in Zukunft noch vornehmen dürfen, selbst wenn diese Handlungen in der CPO. nicht erwähnt werden" (Prot. S. 650; vgl. auch RG. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 405). Der geistliche Sühneversuch dürfte zu diesen Handlungen nicht zu rechnen sein. (So auch Puchelt II S. 799, welcher die Konstatirung mit Recht auf die durch § 16 Nr. 6—8 dem Landesrechte vorbehaltenen Fälle beschränkt, Sarwey II S. 393, Gaupp III S. 612. A. M.: Petersen § 16 II 3, Wilm. Levy Anm. 10, Hellmann III S. 250.)

Für Preußen s. wegen der Zuständigkeit zur Erlassung der Befehle usw. §§ 5, 6 des AG. z. CPO., wodurch auch der geistliche Sühneversuch hinsichtlich der böslichen Verlassung beseitigt ist (Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 244.).

8) Die Mot. heben noch ausdrücklich hervor, daß der Ausdruck „bürgerliches Recht" hier, wie in der CPO., gleichbedeutend mit „materielles Recht" gebraucht ist, so daß es gleichgültig bleibt, in welchem Gesetzbuche, ob im Codex des Civilrechts oder der Prozeßordnung oder anderen Orts, sich derartige Vorschriften vorfinden.

§ 17.

1) Die Vorschriften des gem. Rechts über die Suspension der Beweiskraft von Quittungen, von Schuldscheinen über den Empfang eines Darlehns und von schriftlichen Bekenntnissen der Zahlung einer Dos [Tit. Cod. de non numerata pecunia (4, 30), L. 3 Cod. de dote cauta non numerata (5, 15), Nov. 100, Windscheid, Pand. II §§ 344, 372, 504, Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. §§ 27, 62 u. Anhang S. 327 ff.] sind für den Bereich des Handelsrechts bereits durch Art. 295 d. HGB. in ganz Deutschland beseitigt und auch im Uebrigen durch die größeren neueren Gesetzgebungen (Preuß. ALR., Code civil, Sächs. bürg. Gesetzbuch; vgl. auch Bayer. Ges. v. 26. März 1859 § 2, Hamb. EG. z. HGB. v. 22. Dez. 1865 §§ 30, 34 usw.) aufgehoben oder doch erheblich modifizirt (vgl. z. B. Hann. PO. § 342, kurhess. Gesetz v. 20. Dez. 1840, Oldenb. PO. Art. 189). Der § 17 bringt daher mit der völligen

§ 18. Auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze Anwendung.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Prozesse für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

R. Entw. (EG.) § 5. Entw. I. — Entw. II. § 14. Entw. III. § 15. Mot. S. 489, 490. Prot. S. 651.

Aufhebung jener Vorschriften diese Rechtsentwickelung zum Abschluß. Wegen des Zusammenhangs mit der Lehre vom Urkundenbeweise (vgl. z. B. CPO. § 381) gehört der Satz hierher.

Aufgehoben sind hiernach auch die eigenthümlichen Vorschriften über die Verjährung der Beweiskraft eines Schuldscheins im Preuß. ALR. I 11 §§ 753—755 [vgl. Dernburg II § 178 Anm. 36, Förster (Eccius) II S. 287 Anm. 60, Wilm. Levy Anm. 1 u. A. A. M. Seuffert Anm. 3].

Die Frage, ob durch § 17 auch die römisch-rechtlichen Bestimmungen aufgehoben seien, welche den „Gegenbeweis" gegen Quittungen und Schuldscheine ausschließen oder beschränken, wenn der Aussteller innerhalb der gesetzten Fristen die Urkunde weder zurückgefordert noch bestritten, noch gegen deren Inhalt protestirt hat, ist gegenstandslos, wenn man der Ansicht folgt, daß eine solche Ausschließung oder Beschränkung überhaupt nicht stattfindet (Wetzell S. 205, Brinz, Pand. S. 426 ff.) und muß nach § 14 Abs. 1 des EG. z. CPO. bejaht werden, wenn man von der entgegengesetzten Ansicht [Bähr a. a. O., Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten 2. Abth. S. 180 ff. (1858), Windscheid, Pand. II § 344 Z. 2, Arndts, Pand. § 281 Anm. 1] ausgeht. [Vgl. Seuffert Anm. 2, Petersen § 17 Nr. 1, Hellmann III S. 251 u. Lehrb. S. 539, Sarwey II S. 394, Wilm. Levy Anm. 1 u. A.; s. auch Mandry S. 278, 279, Dernburg II § 178 Anm. 31, L. Goldschmidt in Jahrb. f. Dogmatik XXIV S. 33 ff., und die Kommentare zu Art. 295 HGB. von Makower (9. Aufl.) S. 291 Anm. 26b, Anschütz-Völderndorff III S. 102 Anm. 6 u. A. sowie ROHG. 4 S. 398.] Wegen des „Gegenbeweises" s. übrigens § 16 Anm. 2, CPO. § 381 Anm. 1 a. E.

Die Rechtsvermuthung, wonach Quittungen über terminliche Leistungen in den letzten drei Jahren die Erfüllung betreffs der früheren Termine beweisen (Windscheid a. a. O. Z. 3; vgl. auch Preuß. ALR. I 16 §§ 133—136, 139, 146—148), ist durch § 16 Nr. 1 d. EG. z. CPO. aufrechterhalten. (So auch Gaupp III S. 614, Wilm. Levy a. a. O., Petersen a. a. O.)

2) Abs. 2: Die Ausnahme ist wegen der in der CPO. streng festgehaltenen Schonung des Immobiliar-Sachenrechts gemacht (vgl. oben S. 837 Anm. 1 z. Tit. 2, § 849 Anm. 2). Für Preußen hat sie nach der bestehenden Grundbuchs- und Hypothekengesetzgebung keine Bedeutung mehr (s. Ges. v. 5. Mai 1872 § 38, Entsch. d. OT. 75 S. 197, Striethorst, Arch. 90 S. 305, v. Bülow Anm. 2), wohl aber z. B. für Bayern (Ges. v. 26. März 1859 § 2, AG. z. CPO. Art. 123 Nr. 1, 235 Nr. 5, 325 Nr. 4).

§§ 18—23.

Die §§ 18—23 enthalten Uebergangsbestimmungen. (Ueber die zeitliche Herrschaft der Prozeßgesetze im Allgemeinen und speziell bezüglich der CPO. s. Wach I S. 211 ff., Planck I S. 19 ff.).

§ 18.

1) — „anhängig gewordenen" — Der Zeitpunkt des Anhängigwerdens richtet sich gleichfalls nach dem bisherigen Prozeßrecht bzw. nach besonderen landesgesetzlichen Vorschriften [vgl. für Preußen § 1 Abs. 2 des Ges., betr. die Uebergangsbestimmungen z. D. CPO. usw., v. 31. März 1879 (GS. S. 332), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 188].

2) „Prozesse" — Der Ausdruck ist im weitesten Sinne zu nehmen, in welchem er alle in der CPO. geregelten Verfahrensarten, z. B. das Mahnverfahren, Entmündigungsverfahren, Aufgebotsverfahren usw., umfaßt.

§ 19. Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind.

N. Entw. (EG.) §. 6. Entw. I. — Entw. II. § 16. Entw. III. § 16. Mot. S. 490. Prot. S. 651.

— „bis zur rechtskräftigen Entscheidung" — vgl. § 19.

— „die bisherigen Prozeßgesetze" — in ihrem vollen Umfange, auch bezüglich des sog. materiellen Prozeßrechts (s. Wach I S. 213 Anm. 7). Vgl. auch EG. z. StrPO. § 11 Abs. 2.

3) Abs. 2: Die Anwendbarkeit kann für den ganzen Prozeß, einzelne Instanzen, bestimmte Prozeßabschnitte oder Prozeßhandlungen usw. ausgesprochen werden. (So auch Wach I S. 218. A. M. Hellmann, Lehrb. S. 36.)

4) Preußen hat von dem Vorbehalte des Abs. 2 nur in beschränktem Maße Gebrauch gemacht (vgl. das Anm. 2 angeführte Ges. v. 31. März 1879; § 1 Abs. 1 enthält die in § 18 des EG. z. CPO. aufgestellte Regel, die §§ 2—12 die vielfachen Abweichungen).

§ 19.

1) Vgl. CPO. § 645 [Bolgiano hat seine im civ. Arch. 59 S. 424 aufgestellte Ansicht, der § 19 sei auch auf die nach der CPO. gefällten Urtheile zu beziehen, in Busch, Zeitschr. II S. 119 selbst als irrig anerkannt; s. Hinschius das. I S. 8 ff.].

2) Abs. 1: „Endurtheile" — Der Begriff ist hier nicht in dem technischen Sinne der CPO., sondern nach dem mit dem bisherigen Recht übereinstimmenden (engeren), gewöhnlichen Sprachgebrauch zu nehmen, wonach er ein den Rechtsstreit erledigendes Urtheil bedeutet (vgl. Bolgiano S. 300, 314, Gaupp III S. 616, 617, jetzt auch Wilm. Levy Anm. 2). Zu den Endurtheilen gehören demgemäß auch Urtheile, welche eine Klage zur Zeit oder in angebrachter Art (angebrachtermaßen) abweisen, sowie Urtheile, welche nach bisherigem Prozeßrecht unter Vorbehalt der Rechte des Beklagten im Urkundenprozesse ergangen sind (vgl. § 562), insofern darnach der ad separatum verwiesene Anspruch nicht rechtshängig bleibt und jene Urtheile somit den bisherigen Prozeß erledigen. (So auch Seuffert Anm. 1, Hellmann III S. 253, Gaupp III S. 617 u. A.) Dagegen fallen — abweichend von dem Begriffe in der CPO. (§§ 272 ff. vgl. §§ 272—275 Anm. 2, 272 Anm. 2) — hier nicht darunter: das Theilurtheil (vgl. das. § 273. A. M. Petersen §§ 18—20 Nr. 3), das den Grund eines Anspruchs vorab feststellende Urtheil (§ 276), das bedingte Endurtheil (§ 425), weil in allen diesen Fällen nicht der ganze anhängig gewordene Prozeß erledigt wird und mithin § 18 Abs. 1 Platz greift. (Uebereinstimmend Seuffert a. a. O. und mit Ausnahme des Theilurtheils auch Petersen a. a. O. A. M.: Wilm.-Levy a. a. O., Gaupp a. a. O., theilweise auch Siebenhaar S. 21 und Endemann III S. 543, in Betreff des bedingten Endurtheils Wach I S. 217.)

— „ordentlichen Rechtsmittel" — Die CPO. selbst kennt diese Terminologie nicht (vgl. oben S. 522, CPO. §§ 541 Anm. 2, 645 Anm. 3); die Einführung derselben war hier nöthig mit Rücksicht auf das bisherige Prozeßrecht. Den Gegensatz bilden die „außerordentlichen Rechtsmittel" in § 20.

3) Abs. 2: Auch der Einspruch (vgl. z. B. Hann. PO. §§ 157 ff., 373, Bayer. PO. Art. 309 ff. ꝛc.), ist hier — abweichend von der Terminologie der CPO. (vgl. CPO. § 303 Anm. 3) — zu den (ordentlichen) Rechtsmitteln zu zählen, desgleichen die den Voraussetzungen des Abs. 2 entsprechende „Wiedereinsetzung" (z. B. Bad. PO. §§ 213 ff.) sowie die „Restitution" des preuß. Rechts (vgl. Verordn. v. 28. März 1840 § 2 — GS. S. 102, Verordn. v. 21. Juli 1846 § 31), dagegen nicht die gemeinrechtliche Restitution gegen ein Urtheil, weil für diese die Nothfrist nicht vom Tage der Behändigung oder Verkündung des Urtheils läuft. Bezüglich der Nothfrist s. CPO. §§ 201 Anm. 4, 202 Anm. 2.

§ 20. Gegen Endurtheile, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprozeßordnung die Rechtskraft erlangt haben, sowie gegen Endurtheile, welche in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen nach demselben die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, in welcher Instanz die Klagen gegen solche Endurtheile zu erheben sind.

R. Entw. (EG.) § 9. Entw. I. — Entw. II. § 17. Entw. III. § 17. Mot. S. 490. Prot. S. 758, 759.

§ 21. Eine vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordene Zwangsvollstreckung ist nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Zwangsvollstreckungen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

R. Entw. (EG.) § 8. Entw. I. — Entw. II. § 18. Entw. III. § 18. Mot. S. 490. Prot. S. 759.

---

§ 20.

1) Die Anwendbarkeit „außerordentlicher Rechtsmittel" (vgl. § 19 Anm. 2) des älteren Rechts auf die zwar an sich unter § 3 fallenden, aber nach § 18 d. EG. der CPO. nicht unterliegenden Sachen wird hier aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ausgeschlossen. An die Stelle derselben treten die entsprechenden Rechtsbehelfe der CPO.

„Die Vorschrift war erforderlich, um die Anfechtung eines Endurtheils mittels eines außerordentlichen Rechtsmittels im Sinne der bestehenden Prozeßgesetze nicht in ungemessene Fernen hinaus zu ermöglichen und die Gefahr abzuschneiden, daß künftige Generationen nach ihnen längst abhanden gekommenen Prozeßnormen zu entscheiden haben. Eine Schmälerung wohlerworbener Parteirechte ist darin nicht zu finden." (Mot.)

2) — „die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage" — vgl. CPO. §§ 541—554. Diese Bestimmungen finden mithin auch dann Anwendung, wenn nach dem bisherigen Prozeßrechte kein außerordentliches Rechtsmittel Platz greift (Petersen §§ 18—20 Nr. 4, Wilm. Levy Anm. 3, Endemann III S. 545 u. A.).

3) Der Abs. 2 beruht auf einem Beschlusse der RTK., welcher angesichts der verwickelten Vorschriften des § 547 der CPO. und mit Rücksicht darauf, daß die Rechtsbehelfe der CPO. mit den bisherigen Rechtsmittelsystemen der Einzelstaaten nicht überall sich decken, Sicherheit darüber zu verschaffen bezweckte, bei welcher Instanz die hier in Frage stehenden Rechtsbehelfe geltend zu machen seien. (Vgl. für Preußen § 12 d. Ges. v. 31. März 1879, für Bayern AG. z. CPO. Art. 229, für Sachsen Ges. v. 12. März 1879 § 10, für Württemberg AG. Art. 36—40, Gaupp III S. 618, 619.)

§ 21.

1) Der Abs. 1 entspricht dem Abs. 1 des § 18. Wegen des „anhängig gewordenen" vgl. § 18 Anm. 2 und für Preußen § 15 d. Ges. vom 31. März 1879.

Hat der Gläubiger seinen auf das bisherige Prozeßgesetz gegründeten Antrag auf Zwangsvollstreckung zurückgezogen, so ist er nicht gehindert, einen neuen auf Grund der CPO. zu stellen. (Vgl. Siebenhaar S. 22, Seuffert Anm. 3 u. A.)

2) Der auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. an die Stelle des in seinem ersteren Theile selbstverständlichen Abs. 2 des Entwurfs:

„Von welchem Zeitpunkte an die Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, bestimmt sich nach den bisherigen Prozeßgesetzen oder nach von der Landesgesetzgebung zu erlassenden Uebergangsbestimmungen"

gesetzte Abs. 2 bildet ein Analogon zum Abs. 2 des § 18.

Die (von Siebenhaar a. a. O. aufgeworfene) Frage, ob der Abs. 2 auch bezüglich der materiell-rechtlichen Bestimmungen der CPO., z. B. über die Wirkung der Pfändung einer Sache oder einer Forderung, gelte, dürfte wegen der ganz allgemeinen Fassung der Vorschrift und

§ 22. Aus einer vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozeßordnung entspricht.

R. Entw. (EG.) § 11. Entw. I. — Entw. II. § 19. Entw. III. § 19. Mot. S. 418, 419, 490. Prot. S. 759.

§ 23. Insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung auf Grund eines Vertrags, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des §. 709 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ihre Wirksamkeit verlieren würden, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht gewähren.

Das Vorrecht kann nicht gewährt werden gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

---

mit Rücksicht auf die Motivirung des Antragstellers, welcher gerade auf das Pfändungspfandrecht Bezug nahm, zu bejahen sein. (So auch Puchelt II S. 806, Petersen § 21 Nr. 2, Seuffert Anm. 1 u. A.)

Für Preußen ist von diesem Vorbehalt (auch bezüglich der materiell-rechtlichen Bestimmungen) in den §§ 13—31 des Ges. v. 31. März 1879 (vgl. § 18 Anm. 4) ein umfassender Gebrauch gemacht worden. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 198 ff.)

Wegen Bayern s. AG. z. CPO. Art. 230; für Württemberg s. AG. Art. 42—46, Gaupp III S. 620, 621; wegen Sachsen s. Ges. v. 12. März 1879 §§ 14 ff.

§ 22.

Vgl. CPO. § 702 Anm. 5.

Der bisherige Rechtszustand wird rücksichtlich der hier in Rede stehenden, vor dem Inkrafttreten der CPO. aufgenommenen Urkunden aufrechterhalten.

Aus den nach diesem Zeitpunkte aufgenommenen Urkunden findet selbstverständlich auch innerhalb des Gebiets eines solchen Rechts, welches, wie z. B. das rhein.-franz. oder bayer., bisher geringere Erfordernisse festsetzte, die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn die Voraussetzungen des § 702 Nr. 5 d. CPO. erfüllt sind.

§ 23.

1) Der § 23 ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann aufgenommen worden, um die Analogie zwischen Zwangsvollstreckung und Konkurs, welche im § 709 der CPO. bezüglich des Pfändungspfandrechts durchgeführt worden ist (vgl. das. Anm. 1—4), auch bezüglich der Uebergangsbestimmungen eintreten zu lassen (vgl. EG. z. KO. §§ 12, 13, Mot. z. KO. S. 476).

2) Abs. 1: Das Fortbestehenlassen des bisherigen Vorrechts solcher General- oder Spezialhypotheken oder Privilegien, welche nach dem Grundsatze des § 709 Abs. 2 der CPO. an sich hinter das Pfändungspfandrecht zurücktreten würden, beruht auf denselben Billigkeitsrücksichten, welche dem § 12 des EG. z. KO. zu Grunde liegen. (Vgl. v. Amsberg, Mecklenb. Ausf.-Verordn. ꝛc. S. 526, 548.) Für den Fall des Konkurses besteht die Befugniß des Abs. 1 nicht,

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung entstanden sind, entsprechende Anwendung.

N. Entw. — Entw. I. u. II. — Entw. III. — Mot. — Prot. S. 651, 652, 759–761.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

---

weil dadurch ein Absonderungsrecht für den Konkurs geschaffen würde, was nach der KO. §§ 40, 41 u. EG. z. KO. § 12 unzulässig ist (s. RG. II S. 93, Petersen § 23 Anm. A. M.: Barkhausen in Gruchot, Beitr. XXVI S. 807 ff., LG. Bremen in Busch, Zeitschr. VIII S. 168, Wilm. Levy Anm. 1, Seuffert Anm. 2).

3) Der Abs. 2 stimmt fast wörtlich mit dem Abs. 3 des § 12 des EG. z. KO. überein.

4) Der Abs. 3 ermöglicht die entsprechende Anwendung des § 13 des EG. z. KO.

„Forderungen, welche vor — entstanden sind" — Hiernach muß die Ehe vor dem Inkrafttreten der CPO. geschlossen und das Einbringen vor diesem Zeitpunkte erfolgt sein.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Erster Titel. Richteramt.

§ 1. Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt.

Entw. – Mot. – Prot. S. 73–76. Komm.-Ber. S. 7–9. Sten.-Ber. II. Legisl.-Per. 2. Sess. 1874/75 S. 275 ff.

Erster Titel.

1) Dieser wesentlich staatsrechtliche Grundsätze enthaltende Titel ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Bähr u. Gen. in das Gesetz aufgenommen worden. Dieselbe ging dabei von der Erwägung aus, daß, wenngleich das GVG. kein vollständiges Organisationsgesetz bilde, vielmehr nur die Grundlagen enthalte, welche zur einheitlichen Durchführung der beiden Prozeßordnungen durchaus nothwendig seien, doch gemeinsame Bestimmungen über die Ausbildung und Stellung der Richter als derjenigen Personen, welchen vorzugsweise die Handhabung der Prozeßordnungen obliege, nicht entbehrt werden könnten. Der Komm.-Ber. sagt in dieser Hinsicht:

„In Uebereinstimmung mit den dieserhalb von verschiedenen Rednern in der Plenarberathung des Reichstags ausgesprochenen Ansichten hat die Kommission nahezu einstimmig es für eine aus den Vorschriften für das Verfahren sich aufdrängende Nothwendigkeit gehalten, in dem Titel: „Ueber das Richteramt" wenigstens die Minimalanforderungen für die Qualifikation zur Ausübung des Richteramts im Deutschen Reiche zu normiren und die unerläßlichen Garantieen richterlicher Unabhängigkeit vorzuschreiben, welche keinem deutschen Richter fehlen dürfen. Die von der Kommission beschlossenen §§ 1—11 enthalten keinen Eingriff in die Justizhoheit der Einzelstaaten, jedenfalls gehen sie in der Organisation der richterlichen Stellung nicht weiter, als durch den Inhalt der Prozedurordnungen geboten ist; sie schließen sich an die von Alters her in Deutschland bestehenden Rechtsgrundsätze an und sind wesentlich dem in dem größten deutschen Staate geltenden Rechte entnommen. Praktische Hindernisse der Durchführung bestehen nicht, sind auch von den Bundesregierungen nicht geltend gemacht worden. Soweit von denselben einzelne Schwierigkeiten während der Uebergangszeit behauptet worden sind, glaubt die Kommission denselben gerecht geworden zu sein. Wenn die Gesetzgebung des Deutschen Reichs berufen ist, dem Straf- und Civilrichter das von ihm zu beobachtende Verfahren vorzuschreiben und die richterlichen Befugnisse zu ordnen, so kann dieselbe unmöglich den

Einzelstaaten es überlassen, in vielleicht ganz verschiedener Weise über die Vorbildung der Richter und über ihre Stellung im Staatsleben gegenüber den Regierungen und dem Volke zu verfügen."

2) Aus gleichem Grunde war von der RTK. auch ein von der „Rechtsanwaltschaft" handelnder Titel aufgenommen worden; derselbe wurde aber auf Andringen des Bundesraths vom Reichstage bei dritter Lesung gestrichen, nachdem von Seiten des Bundesraths die Vorlegung des Entwurfs einer vollständigen deutschen Rechtsanwaltsordnung für eine der nächsten Sessionen des Reichstags zugesagt worden war. Die Zusage ist erfüllt. Die Rechtsanwaltsordnung ist in der ersten Session des Jahres 1878 vorgelegt worden und nach erfolgter Zustimmung des Reichstags unterm 1. Juli 1878 (RGBl. S. 177) als Gesetz verkündigt.

3) Die §§ 1, 6—9 handeln von der äußeren Stellung des Richters, den sog. Garantieen des Richteramts, die §§ 2—5, 10 von der Befähigung zum Richteramte.

[Die vorzugsweise staatsrechtlichen Normen über die Gerichtsverfassung behandelt Laband, Das Staatsrecht des D. Reichs. III 2 S. 1 ff.; vgl. auch v. Rönne, Staatsrecht des D. Reichs. 2. Aufl. II 2 S. 9 ff., Zorn, Staatsrecht d. D. Reiches II S. 365 ff., Schulze, Deutsches Staatsrecht § 199.]

4) Auf den ersten Titel beziehen sich die §§ 1—11 des Preuß. AG. z. D. GVG. v. 24. April 1878 (GS. S. 230). [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 1 ff.]

5) Die Landesgesetzgebung darf das GVG. in den daselbst geregelten Materien nur insoweit ergänzen, als ihr diese Befugniß ausdrücklich beigelegt ist (vgl. Löwe, StrPO. 3. Aufl. S. 4 Anm. 5a). Wegen zulässiger Abweichungen s. z. B. GVG. § 17, EG. z. GVG. §§ 5, 6, 7, 11. [Ueber das Verhältniß des Preuß. AG. zum GVG. s. Turnau, Die Justiz-Verfassung in Preußen nach Reichs- und Landesrecht. Berlin und Leipzig. I 1882 S. 21 ff., v. Rönne, Staatsr. d. Preuß. Mon. 4. Aufl. I S. 422, 476, III S. 334 ff.]

§ 1.

Literatur: Wach I S. 309 ff.

1) Der § 1 ist dem Art. 86 der Preuß. Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850 nachgebildet. Er enthält erstens den Satz, daß die richterliche Gewalt durch Gerichte ausgeübt wird, und zweitens den Satz, daß diese Gerichte unabhängig, nur dem Gesetze unterworfen sind.

2) Ueber die Bedeutung dieser Grundsätze, welche auch schon aus dem die verschiedenen Arten der ordentlichen Gerichte aufzählenden § 1 des Entw. (jetzt § 12) sich ableiten lassen, sagen die Mot. (S. 27):

„Die Zuweisung der Gerichtsbarkeit an Gerichte durch reichsgesetzliche Bestimmung hat gegenüber dem bestehenden Recht einzelner Bundesstaaten in zweifacher Richtung eine negative Bedeutung: es werden dadurch die geringen in Deutschland vorhandenen Spuren gewöhnlicher direkter Einwirkung des Landesherrn auf den Gang oder die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ausgeschlossen, und es ergiebt sich aus der Bestimmung zugleich die grundsätzliche Trennung der Justiz von der Verwaltung.

1) Die Justizhoheit, kraft welcher die Staatsgewalt die Rechtsordnung im Staat festzustellen und zu erhalten, also auch die Rechtsgewalt zu handhaben hat, steht den einzelnen Bundesstaaten zu. Die neue Gesetzgebung soll dieser Justizhoheit, soweit es sich um die Rechtsübung im Bundesstaate handelt, keinen Abbruch thun. Die Justizgewalt wird nach wie vor auf die Quelle der landeshoheitlichen Gewalt zurückgeführt werden müssen; die Landesgerichte haben in Vollmacht und unter Autorität der bundesstaatlichen Landesherren zu richten. Aber jedes selbstthätige Eingreifen des Souveräns in die Rechtspflege, jede Kabinetsjustiz wird, wie sie von der Wissenschaft längst als durchaus unzulässig erkannt, auch thatsächlich schon jetzt fast in ganz Deutschland beseitigt ist, durch die Bestimmung ausgeschlossen, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit durch Gerichte, d. h. lediglich durch Gerichte ausgeübt wird. — — — — — — — — — — — — — — — — — —
— —

2) In der neueren Zeit hat sich der Grundsatz allgemeine Anerkennung verschafft, daß

§ 2. Die Fähigkeit zum Richteramte wird durch die Ablegung zweier Prüfungen erlangt.

Der ersten Prüfung muß ein dreijähriges Studium der Rechtswissenschaft auf einer Universität vorangehen. Von dem dreijährigen Zeitraume sind mindestens drei Halbjahre dem Studium auf einer deutschen Universität zu widmen.

---

das richterliche Amt, welches der Handhabung des Rechts und der Gerechtigkeit dienen soll und nach seiner Natur keine andere Autorität als die des Gesetzes über sich haben darf, nicht von Behörden zu verwalten ist, die gleichzeitig eine Gewalt über die Staatsbürger zu üben haben, welche die Rücksichten gouvernementaler Zweckmäßigkeit in Betracht ziehen muß, und deren Träger die für das Richteramt erwünschte Sicherheit der persönlichen Stellung durch Unentfernbarkeit aus dem Amt nicht in demselben Maße eingeräumt werden kann."

[Vgl. v. Rönne, Deutsches Staatsr. S. 15 und dessen Preuß. Staatsrecht I S. 458 ff., Zorn a. a. O. S. 412, welcher übrigens mit Recht hervorhebt, daß die Richter trotz ihrer Unabhängigkeit Gehülfen des Staatsoberhaupts in Ausübung der Staatshoheit, wie alle übrigen Beamten, bleiben.]

Obwohl der Titel 1 nach seiner Ueberschrift „Richteramt" und nach seinem sonstigen Inhalt in den §§ 2 ff. nur den Richter selbst betrifft, muß der Ausdruck „richterliche Gewalt" in § 1 nach Zweck und Sinn der Bestimmung sowie nach der dem Art. 86 der Preuß. Verf.-Urkunde, welche zum Vorbilde gedient hat, gegebenen Auslegung (vgl. v. Rönne, Preuß. Staatsr. I S. 460 ff., Schulze, Preuß. Staatsrecht II S. 302) auch auf das richterliche Nebenpersonal (Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher) bezogen werden, welches nach der CPO. einen integrirenden Theil der Rechtspflegefunktionen wahrnimmt (Endemann I S. 48, Wilm. Levy Anm. 1, Wach I S. 311 Anm. 10, 313, 317 ff.). Andererseits sind die Gerichte nur in der Ausübung der richterlichen Gewalt, nicht aber in der Besorgung der ihnen übertragenen Justizverwaltungsgeschäfte (vgl. EG. z. GVG. § 4) ausschließlich dem Gesetze unterworfen (Planck I S. 24 Anm. 12).

Wegen der Abschaffung des gemeinrechtlichen Instituts der Aktenversendung vgl. § 12 Anm. 7.

Ueber die Trennung der Justiz von der Verwaltung vgl. ferner EG. z. GVG. § 4.

3) Die Unabhängigkeit der Gerichte wird weiter durch die §§ 6, 8 gesichert. Der Ausdruck „nur dem Gesetze unterworfen" verweist die Gerichte auf das Gesetz als die einzige Richtschnur für dieselben und schließt mithin für sie die rechtliche Möglichkeit aus, etwaige persönliche Einwirkungen des Souveräns oder Einmischungen anderer Behörden zu beachten (s. Wetzell, S. 399, Laband a. a. O. I S. 359, v. Rönne, Deutsches Staatsr. II 2 S. 16 ff.). Unter dem „Gesetze" sind selbstverständlich nicht nur die Gesetze selbst, sondern auch die auf Grund derselben in rechtsgültiger Weise erlassenen Verordnungen, Reglements, Ausführungsbestimmungen usw. zu verstehen (vgl. Arndt, D. Verordnungsrecht des D. Reichs. Berlin u. Leipzig 1884 S. 211 ff., Zorn in Hirth u. Seydel, Annalen 1885 S. 301 ff., Arndt das. S. 701 ff.).

Auch der Oberaufsicht der Landesjustizverwaltung sind die Gerichte mithin nur insoweit unterworfen, als das „Gesetz" (im weiteren Sinne) es zuläßt. Vgl. in dieser Hinsicht für Preußen AG. z. GVG. §§ 78—85. — Die Oberaufsicht darf niemals zu einer Einwirkung auf den Inhalt der Rechtsprechung führen, da solches mit dem Erforderniß der Unabhängigkeit der Gerichte unvereinbar sein würde. S. für Preußen AG. z. GVG. § 80, Ges., betr. die Abänderung von Bestimmungen der Disziplinargesetze, v. 9. April 1879 § 23 (GS. S. 345). [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 53, 154, Turnau a. a. O. II (1880) S. 1 ff.]

§ 2.

1) Der § 2 giebt Grundzüge für die Ausbildung zum Richteramte, welche von den einzelnen Bundesstaaten — je nach der Landesverfassung im Wege der Landesgesetzgebung oder

Zwischen der ersten und zweiten Prüfung muß ein Zeitraum von drei Jahren liegen, welcher im Dienste bei den Gerichten und bei den Rechtsanwälten zu verwenden ist, auch zum Theil bei der Staatsanwaltschaft verwendet werden kann.

In den einzelnen Bundesstaaten kann bestimmt werden, daß der für das Universitätsstudium oder für den Vorbereitungsdienst bezeichnete Zeitraum verlängert wird, oder daß ein Theil des letzteren Zeitraums, jedoch höchstens ein Jahr, im Dienste bei Verwaltungsbehörden zu verwenden ist oder verwendet werden darf.

Entw. — Mot. — Prot. S. 76–81, 563–569; 169. Sitzg. S. 7, 8. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. 1876 S. 175–178.

---

der Verwaltung (vgl. v. Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht. Tübingen 1874. S. 174) — weiter zu ergänzen sind.

2) Abs. 1: Die Ablegung der beiden Prüfungen giebt nur die Befähigung zum Richteramte, nicht ein Recht auf ein solches. Auch zur Rechtsanwaltschaft wird nur zugelassen, wer die Fähigkeit zum Richteramte erlangt hat (RAO. § 1).

Die nähere Einrichtung der Prüfungen ist Sache der einzelnen Bundesstaaten. (Vgl. Pfafferoth, Jahrb. d. D. Gerichtsverfassung. Jahrgang 1886. Berlin 1886. S. 23 ff., 66 ff.) Für Preußen gelten in dieser Beziehung die §§ 2–4 u. 10 des Ges. über die juristischen Prüfungen usw. v. 6. Mai 1869 (GS. S. 656), § 1 des AG. z. GVG. und das zu diesen Gesetzen erlassene Regulativ v. 1. Mai 1883 (JMBl. S. 131). [Vgl. Turnau a. a. O. II S. 243 ff., Kah, D. ges. u. regl. Vorschriften über die Vorbereitung z. höheren Justizdienst in Preußen. Berlin 1880, Schaper in Gruchot, Beitr. XXIV S. 629 ff., XXV S. 222, H. Meyer das. XXVII S. 323 ff.) Die Fähigkeit zum Richteramte enthält ihren Ausdruck durch Beilegung des Titels „Gerichtsassessor". Vgl. § 10 Anm. 2. S. auch v. Amsberg, Mecklenb. Ausf.-Verordnungen S. 105 ff.

3) Abs. 2: — „ein dreijähriges Studium der Rechtswissenschaft" — In welcher Weise festzustellen ist, ob ein solches in der That stattgefunden hat, bestimmt sich nach Landesrecht. Für Preußen vgl. §§ 3 u. 4 des in Anm. 2 angef. Regulativs v. 1. Mai 1883. Soweit die Universitätszeit ausschließlich anderen Disziplinen, z. B. der Philosophie, gewidmet ist, kommt sie nicht in Betracht. [Vgl. über die Fragen des dreijährigen Studiums sowie der Dauer des Vorbereitungsdienstes: L. Goldschmidt, Das dreijährige Studium. Berlin 1878, Gneist, Die Studien- und Prüfungsordnung der deutschen Juristen. Berlin 1878; Verhandlungen des 14. D. Juristentages I S. 3 ff. u. 119 ff. (Gutachten von Gierke u. Gneist), II S. 203 ff.; Dernburg, Die Reform der jur. Studienordnung. Berlin 1886; v. Liszt, Die Reform des jur. Studiums in Preußen. Berlin 1886; Schmoller in s. Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft im D. Reich X Heft 2 (April 1886) S. 287 ff.; v. Holtzendorff in d. Deutschen Revue XI (1886) S. 73 ff.; Busch, Zeitschr. X S. 524 ff.; Ortloff, Die Reform des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaften. Berlin 1887; L. Goldschmidt, Rechtsstudium und Prüfungsordnung. Berlin 1887.]

Ein Antrag, statt „Rechtswissenschaft" zu setzen: „Rechts- und Staatswissenschaft", ist von der RTK. bei zweiter Lesung abgelehnt worden. Landesgesetzlich das Studium auch der Staatswissenschaft vorzuschreiben, ist hierdurch nicht ausgeschlossen.

Mit Rücksicht auf den Ausdruck „muß" ist das dreijährige Studium der Rechtswissenschaft als ein absolutes Erforderniß anzusehen, von welchem nicht dispensirt werden kann. Die Bestimmung des § 1 Abs. 3 des Preuß. Ges. v. 6. Mai 1869, wonach der Justizminister die Befugniß hat, mit Rücksicht auf das vorangegangene Universitätsstudium in einer anderen Disziplin als in der Rechtswissenschaft von dem dreijährigen Rechtsstudium einen angemessenen Zeitraum zu erlassen, hat mithin ihre Geltung verloren.

— „einer deutschen Universität" — d. h. einer Universität innerhalb des Deutschen Reichs, nicht blos einer Universität, an welcher in deutscher Sprache gelehrt wird (wie nach § 1

Abs. 2 des angef. preuß. Ges.). Für die hier in Rede stehenden drei Halbjahre genügt daher nicht ein Studium in Wien, Zürich, Dorpat usw.

4) Abs. 3: Der praktische Vorbereitungsdienst muß zwischen der ersten und zweiten Prüfung liegen; eine Einrichtung, wonach die Universitätszeit durch eine praktische Beschäftigung unterbrochen wird (vgl. Dernburg a. a. O.), ist daher nicht zulässig, sofern letztere auf die drei Jahre des Vorbereitungsdienstes angerechnet werden soll. Bezüglich des Ausdrucks „muß“ vgl. Anm. 3. Während des Vorbereitungsdienstes führt der Aspirant in Preußen den Titel „Referendar“.

5) Die Beschäftigung bei den Gerichten und bei den Rechtsanwälten ist eine obligatorische, diejenige bei der Staatsanwaltschaft nur eine fakultative. Anträge, auch die Beschäftigung bei den Rechtsanwälten zu einer nur fakultativen zu machen, sind ungeachtet lebhafter Befürwortung von Seiten der Vertreter des Bundesraths, welche hauptsächlich geltend machten, daß die Durchführung der Bestimmung nicht gesichert sei, weil ein Zwang für die Rechtsanwälte zur Annahme der jungen Juristen als Hülfsarbeiter nirgends bestehe, von der RTK. sowohl wie vom Reichstage selbst abgelehnt worden. Demnach dürfte ein junger Jurist, welcher gar nicht bei einem Rechtsanwalt gearbeitet hat, selbst dann nicht zur zweiten Prüfung zugelassen werden können, wenn es ihm nicht möglich gewesen ist, einen Anwalt zu finden, der ihn zu beschäftigen geneigt war (anders Staatsminister Leonhardt in der 169. Sitzg. der RTK. S. 8 und im RT.; s. Sten. Ber. a. a. O. S. 176). Etwaigen hieraus entstehenden Verlegenheiten kann nur durch Aufnahme disziplinarischer Vorschriften in die Rechtsanwaltsordnung entgegengewirkt werden. [Vgl. in dieser Hinsicht jetzt RAO. § 40 und über dessen Entstehungsgeschichte und Bedeutung: Völk, Die Rechtsanwaltsordnung für das deutsche Reich. Nördlingen. 1878. S. 75 ff.; Meyer, Die Rechtsanwaltsordnung. Berlin 1879. S. 61; Turnau a. a. O. II S. 184 ff.]

Eine bestimmte Zeitdauer ist übrigens weder speziell für die Beschäftigung bei den Gerichten noch für diejenige bei den Rechtsanwälten vorgeschrieben. Das Landesrecht kann aber in dieser Beziehung ergänzend eingreifen (vgl. für Preußen das angef. Ges. §§ 8, 9 und das Regulativ v. 1. Mai 1883 §§ 23, 24).

Die Vorbereitungszeit „bei den Gerichten“ umfaßt auch die Zeit der Beschäftigung in Hypotheken- und Vormundschaftssachen sowie bei Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw., insoweit diese Geschäftszweige von den Gerichten besorgt werden. Eine Beschäftigung bei einem Notar (als solchem) ist zwar nicht durch das Gesetz vorgeschrieben, wohl aber hie und da durch Landesrecht (vgl. für Preußen § 23 des mehrerwähnten Regulativs) angeordnet.

6) — „verwendet werden kann“ — Ein Recht, bei der Staatsanwaltschaft arbeiten zu dürfen, wenn er es verlangt, besitzt der junge Jurist nicht. Die Beschäftigung bei der Staatsanwaltschaft kann daher auch durch die Landesgesetzgebung oder durch Regulative ausgeschlossen werden (vgl. die Erklärung des Staatsministers Leonhardt in der 169. Sitzg. der RTK. Prot. S. 8).

7) Abs. 4: Das GVG. will für die Fähigkeit zum Richteramte in gewissen Richtungen nur Minimalerfordernisse aufstellen und den einzelnen Bundesstaaten, zu welchen übrigens auch das Reichsland Elsaß-Lothringen gehört, gestatten, diese Erfordernisse zu erhöhen (vgl. Komm.-Ber. S. 8). Dieser Absicht entspricht die Bestimmung des Abs. 4 rücksichtlich der Dauer des Universitätsstudiums und der Dauer des Vorbereitungsdienstes. Für Preußen bleibt mithin die vierjährige Dauer des Vorbereitungsdienstes (§ 6 des mehrgedachten Ges. v. 1869) bestehen (vgl. auch § 1 des AG. z. GVG.). Dagegen darf die Zahl der Prüfungen (Abs. 2) nicht vermehrt werden.

— „kann bestimmt werden“ — nämlich je nach dem Landesverfassungsrechte durch Gesetzgebung oder im Wege der Verwaltung (vgl. Anm. 1).

— „oder daß — verwendet werden darf“ — Auch wo der Zeitraum für den Vor-

§ 3. Wer in einem Bundesstaate die erste Prüfung bestanden hat, kann in jedem anderen Bundesstaate zur Vorbereitung für den Justizdienst und zur zweiten Prüfung zugelassen werden.

Die in einem Bundesstaate auf die Vorbereitung verwendete Zeit kann in jedem anderen Bundesstaate angerechnet werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 81—85, 569. Komm.=Ber. S. 8.

§ 4. Zum Richteramte befähigt ist ferner jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität.

Entw. — Mot. — Prot. S. 85, 569.

§ 5. Wer in einem Bundesstaate die Fähigkeit zum Richteramte erlangt hat, ist, soweit dieses Gesetz keine Ausnahme bestimmt, zu jedem Richteramte innerhalb des Deutschen Reichs befähigt.

Entw. — Mot. — Prot. S. 85—90, 569. Komm.=Ber. S. 8.

---

bereitungsdienst nicht über die drei Jahre hinaus verlängert wird, darf eine Beschäftigung bei Verwaltungsbehörden (im Allgemeinen oder bei bestimmten Kategorien) vorgeschrieben oder gestattet werden. In Preußen ist dies nicht geschehen.

8) Eine Uebergangsbestimmung bezüglich der Vorschriften dieses Paragraphen enthält § 22 des EG. z. GVG.

§ 3.

1) Der auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. angenommene § 3 behandelt den Einfluß der in einem Bundesstaate bestandenen ersten Prüfung bzw. zur Vorbereitung für den Justizdienst verwendeten Zeit auf die Zulassung zur Vorbereitung und zur zweiten Prüfung bzw. auf die Dauer der zur Vorbereitung noch erforderlichen Zeit in einem anderen Bundesstaate.

2) Abs. 1: Der Ausdruck „kann“ ergiebt, daß der Landesjustizverwaltung der einzelnen Bundesstaaten nur die betreffende Ermächtigung ertheilt werden soll, während bisher nach vielen Landesgesetzen die Zulassung von dem Bestehen der ersten Prüfung im eigenen Lande unbedingt abhängig war. Aehnlich bereits § 1 des Preuß. Ges. v. 1. Juni 1874 (GS. S. 212) bezüglich der in Elsaß-Lothringen geprüften Kandidaten. Ein weitergehender Antrag, welcher jene Ermächtigung zu einer Verpflichtung der einzelnen Landesjustizverwaltungen machen und somit eine obligatorische Gegenseitigkeit zwischen allen Bundesstaaten bezüglich der ersten Prüfung einführen wollte, wurde vorzugsweise mit Rücksicht darauf, daß in Ermangelung eines gemeinsamen Prüfungsgesetzes die erforderliche Garantie für die Gleichwerthigkeit der ersten Prüfung in den einzelnen Bundesstaaten fehle, von der RTK. abgelehnt.

3) Abs. 2: — „kann“ — vgl. Anm. 2. Die Anrechnung kann nach dem Ermessen der Landesjustizverwaltung ganz oder theilweise geschehen.

§ 4.

Die Eigenschaft als ordentlicher öffentlicher Lehrer des Rechts — nicht auch, wie z. B. in § 138 der StrPO., als außerordentlicher Professor oder als Privatdozent — an einer deutschen Universität (vgl. § 2 Anm. 3) ersetzt die in § 2 Abs. 1 vorgeschriebenen beiden Prüfungen sowie die in den Abs. 2 und 3 das. festgesetzten Vorbedingungen für diese Prüfungen; vgl. auch Preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 5. Das Lehramt kann neben dem Richteramte beibehalten werden (vgl. § 7 Anm. 2).

§ 5.

1) Der § 5 bildet zunächst ein Analogon zum § 3, indem er das Verhältniß der in einem Bundesstaate erlangten Fähigkeit zum Richteramt gegenüber dieser Befähigung in einem anderen Bundesstaate „innerhalb des Deutschen Reichs“ bestimmt. Auch hier wird der Landesjustizverwaltung des einen Bundesstaats nur die Ermächtigung ertheilt, denjenigen, welcher

§ 6. Die Ernennung der Richter erfolgt auf Lebenszeit.

Entw. — Mot. — Prot. S. 90, 569—573. 169. Sitzg. S. 8—11. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 2. Sess. 1874/75 S. 275 ff.; 4. Sess. 1876 S. 178—188.

§ 7. Die Richter beziehen in ihrer richterlichen Eigenschaft ein festes Gehalt mit Ausschluß von Gebühren.

Entw. — Mot. — Prot. S. 90, 571—575. 169. Sitzg. S. 8—11.

---

die Vorbedingungen in einem anderen Bundesstaate erfüllt hat, zum Richteramte zuzulassen („ist — befähigt"); von einer Verpflichtung zur Anstellung kann hier um so weniger die Rede sein, als nicht einmal der eigene Staatsangehörige, welcher sich im eigenen Lande zum Richteramte befähigt hat, ein Recht auf Anstellung erlangt. Ein anderes Analogon findet sich in der RAO. § 2.

2) Zweitens aber spricht der § 5 den wichtigen Satz aus, daß, wer die Fähigkeit zum Richteramte erlangt hat, zu jedem Richteramte befähigt sei. Es sind mithin sämmtliche landesgesetzliche Vorschriften aufgehoben, nach welchen für das Aufsteigen zu gewissen höheren Richterämtern noch besondere Vorbedingungen (eine gewisse Dauer der Anstellung bei den unteren Gerichten, bestimmtes Lebensalter, besondere Prüfung usw.) erfüllt werden müssen, z. B. §§ 2, 3, 5 d. Preuß. Ges. v. 12. März 1869 über die Anstellung im höheren Justizdienste (GS. S. 482), die Bestimmungen über die Anstellung rheinpreußischer Friedensrichter bei Kollegialgerichten (RG. i. StrS. XI S. 272). Nur das GVG. selbst („soweit — bestimmt") enthält eine (einzige) Ausnahme in § 127 Abs. 2 für das Reichsgericht. Das bayerische Reservatrecht wegen der Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse (Reichsverfassung Art. 4 Nr. 1) steht nicht entgegen. (S. Hauck S. 26.)

3) „Wer — erlangt hat" — sei es auf Grund der Bestimmungen dieses Gesetzes, sei es auf Grund der bisherigen landesgesetzlichen Bestimmungen.

§§ 6—9.

Die §§ 6—9 enthalten die Garantieen persönlicher Unabhängigkeit der Richter (vgl. § 1 Anm. 3); sie schließen sich an die von Alters her in Deutschland bezüglich der richterlichen Stellung geltenden Rechtsgrundsätze an (vgl. Zachariä, Deutsches Staatsrecht III § 149) und sind im Wesentlichen dem in Preußen bisher geltenden Rechte entnommen (vgl. v. Rönne, Preuß. Staatsrecht I S. 463 ff.). Vgl. § 10 Anm. 1, § 11.

§ 6.

1) Vgl. Preuß. Verf.-Urk. 87 Abs. 1. Darüber, wer die Ernennung zu bewirken bzw. die Bestallungen der Richter zu vollziehen habe, ist, abgesehen von dem Reichsgerichte (§ 127 Abs. 1), nichts bestimmt. Es entscheidet also das Landesstaatsrecht. Für Preußen bestimmt § 7 des AG. z. GVG.:

„Die Richter, einschließlich der Handelsrichter werden vom Könige ernannt."

Ebenso Bayer. AG. v. 4. Nov. 1878 Art. 1.

2) Die Vorschrift des § 6 schließt eine Pensionirung des Richters wider seinen Willen unter den gesetzlichen Voraussetzungen nicht aus. Vgl. §§ 8 Abs. 1, 131.

§ 7.

1) Der § 7 bezweckt, theils den Richtern ein in einer festen Einnahme bestehendes, nicht widerrufliches oder sonst willkürlich entziehbares Gehalt zu sichern, theils den Bezug von Gebühren durch den Richter auszuschließen. Er bezieht sich nicht auf Hülfsrichter (vgl. § 10 Anm. 1).

2) — „in ihrer richterlichen Eigenschaft" — Insoweit der Richter zugleich ein anderes Amt als Nebenamt bekleidet, ist eine andere Form der Vergütung als die des festen Gehalts nicht ausgeschlossen. Ob und in wie weit einem Richter gestattet ist, ein anderes Amt als Nebenamt zu bekleiden, entscheidet rücksichtlich der Richter, welche Reichsbeamten sind, § 16 des Reichsbeamtengeſ. v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61), rücksichtlich der übrigen Richter das

§ 8. Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amts enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden.

Die vorläufige Amtsenthebung, welche kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt.

Landesrecht. Vgl. in dieser Hinsicht für Preußen Kab.-Ordre v. 13. Juli 1839 (GS. S. 235), Ges. v. 30. April 1856 (GS. S. 297), AG. z. GVG. v. 24. April 1878 § 11, Gew.-Ordn. v. 17. Januar 1845 § 19 (GS. S. 41), Verordn. f. d. neuen Landestheile v. 23. Sept. 1867 (GS. S. 1610), Reichsgewerbe-Ordn. in der Fassung v. 1. Juli 1883 § 12 (RGBl. S. 177), Ges. v. 10. Juni 1874 (GS. S. 244), Turnau a. a. O. I S. 42, 43, v. Rönne a. a. O. S. 466, 467.

3) — „ein festes Gehalt" — Dasselbe besteht regelmäßig in einer bestimmten Geldsumme, kann aber auch theilweise in freier Wohnung oder anderen Naturalemolumenten bestehen, sofern dieselben nur vorher ihrem Betrage nach festgesetzt sind. (So auch Turnau a. a. O. I S. 40 Anm. 2. Vgl. die Uebersicht in Pfafferoth, Jahrb. S. 30 ff.)

4) — „mit Ausschluß von Gebühren" — d. h. von Gerichtssporteln und ähnlichen mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit verbundenen hoheitlichen Einkünften, welche den Parteien zur Last fallen (vgl. RG. i. StrS. III S. 231). Diäten, Reisekosten und ähnliche Vergütungen für baare Auslagen fallen nicht unter den Begriff der Gebühren, wie vom Abg. Struckmann Namens der Antragsteller ohne Widerspruch in der RTK. erklärt wurde (Prot. S. 90, vgl. auch S. 571, 572). Auch Ortszulagen, Wohnungsgeldzuschüsse usw. sind nicht ausgeschlossen (Prot. S. 572). Vgl. für Preußen § 24 des AG. z. D. GKG. usw. v. 10. März 1879 (GS. S. 145).

5) Ein von der RTK. angenommener Abs. 2 [vgl. Preuß. Allerh. Erlaß v. 12. Nov. 1860 (GS. S. 517)]:

> „Sind für einzelne Klassen der Richter verschiedene Gehaltsstufen festgesetzt, so erfolgt ein Aufrücken in die höhere Gehaltsstufe nur nach Maßgabe des Dienstalters in der betreffenden Klasse",

wurde in zweiter Lesung abgelehnt. Bezüglich des Aufrückens entscheidet mithin ebenso wie bezüglich der Bildung verschiedener Gehaltsstufen ausschließlich das Landesrecht. Für Preußen vgl. AG. z. GVG. §§ 9, 10 und Verordn. v. 16. April 1879, betr. die für die Bestimmung des Dienstalters der Richter maßgebenden Grundsätze (GS. S. 318); Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 6, 171. Hier besteht ein Rechtsanspruch auf das Aufrücken nach Maßgabe des Dienstalters (RG. XI S. 289). In Mecklenburg gelten ähnliche Vorschriften (Verordn. z. Ausf. d. GVG. v. 17. Mai 1879 §§ 75, 76; v. Amsberg, Ausf.-Verordnungen 2c. S. 67 ff., 944 ff.).

6) Im Reichstage wurde ein Antrag, dem § 7 hinzuzufügen:

> „Remunerationen oder Gratifikationen können denselben nur als Unterstützungen in Krankheits- oder sonstigen Nothfällen gewährt werden"

wiederholt abgelehnt. Dagegen enthält für Preußen § 11 des AG. z. GVG. die Vorschrift:

> „Andere Vergütungen, als die auf Gesetz beruhenden Gehälter und Entschädigungen oder auf Stiftungen beruhenden Bezüge, dürfen den Richtern für richterliche Geschäfte nicht gewährt werden.
>
> Unterstützungen in Fällen eines außerordentlichen Bedürfnisses werden von dieser Vorschrift nicht betroffen."

§ 8.

1) Der dem Art. 87 Abs. 2 u. 3 der Preuß. Verf.-Urk. nachgebildete § 8 enthält die Grundsätze der Unabsetzbarkeit und der Unversetzbarkeit der Richter mit den erforderlichen Einschränkungen. Wegen der Mitglieder des Reichsgerichts s. §§ 128—131.

Bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke können unfreiwillige Versetzungen an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte unter Belassung des vollen Gehalts durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 90—93, 569—573, 575; 164. Sitzg. Anl. J.; 169. Sitzg. S. 8—11. Komm.-Ber. S. 8. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 2. Sess. 1874/75 S. 275 ff.; 4. Sess. 1876 S. 178—188, 887, 888.

---

2) Der Abs. 1 schreibt drei Voraussetzungen vor, unter denen allein ein Richter wider seinen Willen entweder seines Amts, sei es mit oder ohne Schmälerung seiner Besoldung (vgl. Hauck S. 28 Anm. 4), enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden darf, nämlich:

a) richterliche Entscheidung,

b) gesetzliche Gründe,

c) gesetzliche Formen,

und zwar müssen alle drei Voraussetzungen zusammentreffen.

3) — „wider ihren Willen" — Freiwilliges Ausscheiden aus dem Dienste, freiwillige Versetzung und freiwillige Pensionirung werden durch § 8 nicht getroffen. Es sind deshalb, wie auf Antrag von dem Vorsitzenden der RTK. ausdrücklich konstatirt wurde, namentlich diejenigen in einzelnen Staaten, z. B. Elsaß-Lothringen, bestehenden Vorschriften unberührt geblieben, wonach ein Richter bei Erreichung eines gewissen Lebensalters mit Beibehaltung seines vollen Gehalts oder eines Theils desselben sich pensioniren lassen darf. Vgl. auch Art. I § 1 des Preuß. Ges. v. 31. März 1882, betr. d. Abänderung d. Pensionsges. v. 27. März 1872 (GS. S. 133). Die weitere, auf Antrag des K. Sächs. Vertreters des Bundesraths erfolgte Konstatirung, daß auch solche landesrechtliche Bestimmungen unberührt bleiben, wonach ein Richter bei Erreichung eines gewissen Lebensalters zwar nicht kraft des Gesetzes in Ruhestand trete, wohl aber auf Grund des Gesetzes durch administrative Entschließung in Ruhestand gesetzt werden könne (vgl. auch Keller S. 9 Anm. 3), erscheint gegenüber der Vorschrift des § 8, daß Richter wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung in Ruhestand versetzt werden können, sehr bedenklich. (So auch Wilm. Levy Anm. 2.)

4) — „kraft richterlicher Entscheidung" — Dieser Ausdruck ist statt des in dem ursprünglichen Antrage sich findenden Ausdrucks „durch Richterspruch" gewählt worden, um die Möglichkeit zu gewähren, daß bei einer auf Grund des richterlichen Urtheils erfolgenden unfreiwilligen Versetzung die Justizverwaltung die Stelle bestimme, an welche der Richter versetzt werden soll.

5) — „nur aus den Gründen — Gesetze bestimmen" — Die Gründe, d. h. die sachlichen Voraussetzungen, unter denen die im Abs. 1 bezeichneten Maßregeln getroffen werden dürfen, sowie die Formen, d. h. die richterlichen Behörden, welche diese Maßregeln zu erkennen befugt sind, und die Normen des Verfahrens, in denen solches zu geschehen hat, müssen durch Gesetz, sei es Reichs- oder Landesgesetz — Strafgesetze (s. StrGB. §§ 31, 33—36) oder Disziplinargesetze u. dgl. — bestimmt sein; vgl. z. B. für das Reichsgericht §§ 128, 129. Eine bloße landesherrliche Verordnung oder gar ein rein administratives Reglement genügt für die Bestimmung der Gründe und Formen nicht; ebensowenig aber dürfen dieselben ausschließlich dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. In denjenigen Bundesstaaten, in welchen die Disziplinarvorschriften über Entlassung, Suspension, Versetzung der Richter auf eine andere Stelle oder in Ruhestand bisher nicht auf Gesetz beruhten, muß mithin die Landesgesetzgebung eingreifen. Disziplinarmaßregeln von geringerer Bedeutung werden dagegen durch den Abs. 1 nicht berührt; bezüglich derselben ist nach wie vor lediglich das bisherige Landesrecht maßgebend.

Für Preußen war die Disziplinargesetzgebung in Bezug auf die Richter bereits nach den hier aufgestellten Grundsätzen geregelt [Ges. v. 7. Mai 1851 (GS. S. 218) u. v. 26. März

1856 (GS. S. 201), Verordn. v. 23. Sept. 1867 (GS. S. 1613); vgl. auch § 30 des Ges. v. 27. März 1872 (GS. S. 268)]. Die nothwendig gewordenen Modifikationen sind getroffen durch das Ges., betr. die Abänderung von Bestimmungen der Disziplinargesetze, v. 9. April 1879 (GS. S. 345). [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 141, Turnau a. a. O. II S. 1 ff., v. Rönne a. a. O. S. 467 ff.]

S. auch d. Mecklenb. Verordn. v. 22. April 1879 (v. Amsberg a. a. O. S. 135 ff.).

6) — „dauernd oder zeitweise ihres Amts enthoben" — Dauernde Amtsenthebung ist jede nicht blos zeitweilige Entfernung vom Amte, welche nicht mit einer Versetzung in Ruhestand verbunden ist. Auf den Namen — Amtsentsetzung, Kassation, Dienstentlassung (§ 15 des Preuß. Ges. v. 7. Mai 1851) usw. — kommt es nicht an.

Die zeitweise Amtsenthebung (Amtssuspension) kann als Strafe oder als vorläufige Maßregel im gewöhnlichen Strafverfahren oder im Disziplinarverfahren in Betracht kommen (als Strafe ist sie für Preußen durch § 1 des Ges. v. 26. März 1856 aufgehoben). Als vorläufige Maßregel fällt sie unter den Abs. 1 nur insoweit, als sie nicht kraft Gesetzes eintritt (Abs. 2; vgl. Anm. 9).

7) — „an eine andere Stelle" — Die Stelle muß, wie der ganze Zusammenhang des Abs. 1 und die ratio legis ergiebt, eine richterliche sein. Vgl. auch den Ausdruck „Versetzungen an ein anderes Gericht" im Abs. 3, welcher nach der Entstehungsgeschichte des Paragraphen (vgl. Art. 87 der Preuß. Verf.-Urk.) offenbar keinen Gegensatz zu „an eine andere Stelle" bilden soll und die Verhandlungen der RTK. über einen Antrag, dort gleichfalls zu sagen: „an eine andere Stelle" (Prot. S. 90). Für Preußen s. § 1 des Ges. v. 26. März 1856 („Versetzung in ein anderes Richteramt"), wogegen im Ges. v. 7. Mai 1851 die Ausdrücke „auf eine andere Stelle" und „in ein anderes Richteramt" ganz ununterschiedlich gebraucht werden (vgl. §§ 51—53 u. Ueberschrift zum vierten Abschnitt). [So auch Thilo S. 11, Wilm.-Levy Anm. 4, Turnau a. a. O. I S. 45 Anm. 4.]

8) — „in Ruhestand" — sei es einstweilen (Setzen auf Wartegeld, Stellung zur Disposition) oder dauernd (Pensionirung). Ueber die unfreiwillige Versetzung der Mitglieder des Reichsgerichts in (dauernden) Ruhestand vgl. § 131. Für Preußen vgl. §§ 56—64 des Ges. v. 7. Mai 1851, § 6 des Ges. v. 9. April 1879.

Wegen des Betrags der Pension s. die Uebersicht in Pfafferoth, Jahrb. S. 38 ff.

9) Abs. 2: Die „vorläufige Amtsenthebung" ist die eine der beiden Arten der zeitweisen Amtsenthebung (vgl. Anm. 6). Soweit dieselbe bisher „kraft Gesetzes eintritt", d. h. ohne daß es eines zuvorigen richterlichen Beschlusses bedarf (vgl. z. B. § 129 Abs. 2), soll solches auch in Zukunft ungeachtet der Vorschriften des Abs. 1 möglich sein. Für Preußen bleiben daher die §§ 44, 45 des Ges. v. 7. Mai 1851 bestehen.

Soweit aber die vorläufige Amtsenthebung nach den Landesgesetzen einen vorgängigen Beschluß voraussetzt, findet auf dieselbe der Abs. 1 Anwendung; vgl. für Preußen §§ 46, 47 a. a. O.

10) Der Abs. 3 enthält für den Fall einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke Einschränkungen des Grundsatzes der richterlichen Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, welche über die durch den Abs. 1 zugelassenen Modifikationen dieses Grundsatzes hinausgehen. Die Bestimmungen des Abs. 3 greifen, wie das Wort „in" deutlich ergiebt, auch bei einer theilweisen Organisationsveränderung Platz; indessen dürfen sich alsdann die unfreiwilligen Versetzungen und Enthebungen vom Amte nicht auf Personen erstrecken, welche weder unmittelbar noch mittelbar durch die Veränderung betroffen werden. (Aehnlich Thilo S. 12, Wilm. Levy Anm. 7. Verschiedene Zweifel erhebt Endemann I S. 54.)

Ein Antrag, hinter „Bezirke" einzuschalten

„oder bei einer nothwendig werdenden Einziehung von Richterstellen",

§ 9. Wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere auf Gehalt, Wartegeld oder Ruhegehalt darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 93. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sess. 1876 S. 887—889.

---

wurde zwar von der RTK. abgelehnt; dagegen wurde die in § 21 des EG. z. GVG. enthaltene Uebergangsbestimmung beschlossen.

11) — „unfreiwillige Versetzungen an ein anderes Gericht" — Eine unfreiwillige Versetzung an eine Verwaltungsstelle, selbst wenn sie die Fähigkeit zum Richteramte voraussetzt, ist auch hier nicht zulässig. Vgl. Anm. 7.

Das andere Gericht kann — abweichend vom EG. z. GVG. § 21 — auch ein Gericht niedrigerer Ordnung und die Stellung bei demselben eine niedrigere sein (z. B. die eines einfachen Mitgliedes statt derjenigen eines Vorsitzenden). Auch die Versetzung in eine niedrigere Stellung innerhalb desselben Gerichts ist (als muthmaßlich geringerer Nachtheil) nicht ausgeschlossen (Prot. S. 90). [So auch Turnau a. a. O. A. M.: Hauck S. 30 Anm. 6, Wilm.-Levy Anm. 7.]

12) „Entfernungen vom Amte" — sei es im Wege der einstweiligen oder der dauernden Versetzung in den Ruhestand. Der Ausdruck „Entfernungen" ist gewählt im Gegensatz zu „enthoben" im Abs. 1, welches die disziplinarische Entfernung vom Amte bedeutet.

13) — „unter Belassung des vollen Gehalts" — Die Worte beziehen sich sowohl auf die unfreiwilligen Versetzungen wie auf die Entfernungen vom Amte. Anders bisher in Preußen nach d. Allerh. Erlassen v. 14. Juni 1848 (GS. S. 153) u. 24. Oktober 1848 (GS. S. 338).

14) — „die Landesjustizverwaltung" — Durch diesen Ausdruck wird, wie die Mot. ausdrücklich hervorheben (S. 86), nirgends im Gesetze bezeichnet, „daß die betreffenden Anordnungen nothwendig durch die Centralbehörde getroffen werden müßten". Ob diese (Justizministerium usw.) selbst oder eine ihr untergeordnete Behörde die Anordnung zu treffen hat, hängt ebenso vom Landesstaatsrecht ab, wie die Frage, ob erstere im einzelnen Falle mit oder ohne Zustimmung des Landesherrn handeln kann. [In Preußen wird letztere nach dem Grundsatze des § 7 des AG. (s. oben § 6 Anm. 1) nicht zu entbehren sein.] Der Ausdruck „Landesjustizverwaltung" wird im GVG. im Gegensatz theils zu den Gerichten und deren Organen (vgl. z. B. §§ 61, 63, 64, 66, 69), theils zu den Organen des Reichs (vgl. z. B. §§ 148, 154, 155, EG. § 20) gebraucht. [Vgl. Preuß. AG. z. GVG. §§ 77 ff. („Justizverwaltung"); s. auch Wach I S. 309 ff. Die obersten Justizverwaltungsbehörden s. in Pfafferoth, Jahrb. S. 63 ff.]

15) Der Abs. 3 bezieht sich nicht auf die durch die Einführung des GVG. selbst nothwendig werdende Organisation, wie daraus hervorgeht, daß das GVG. selbst (und mithin auch der § 8) erst in's Leben tritt, nachdem die für die Einführung nothwendigen Versetzungen bereits getroffen sein werden. In Betreff dieser entscheidet mithin lediglich das Landesrecht, abgesehen von den besonderen Bestimmungen für die Mitglieder des Reichsoberhandelsgerichts in § 19 des EG. z. GVG. Für Preußen sind in dieser Beziehung die §§ 95—102 des AG. z. GVG. maßgebend.

16) Ueber die bedingungsweise Suspension der Bestimmungen des § 8 in einzelnen Bundesstaaten vgl. § 13 des EG. z. GVG.

§ 9.

1) Die gleiche Bestimmung findet sich in § 149 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) rücksichtlich der Reichsbeamten und im § 1 des Preuß. Ges. v. 24. Mai 1861 über die Erweiterung des Rechtsweges (GS. S. 241) rücksichtlich der preußischen Staatsbeamten (vgl. Laband, Staatsrecht d. D. Reichs I S. 475 ff., Zorn, Staatsrecht d. D. Reichs I S. 240, v. Rönne a. a. O. S. 494 ff.). Modifikationen, wie sie in den §§ 150 und 155 des angef. Reichsgesetzes und in den §§ 2, 5 und 6 des angef. preuß. Gesetzes enthalten sind,

§ 10. Die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Befähigung zur zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte bleiben unberührt.

Entw. — Mot. — Prot. S. 347—349, 575, 576. Komm.-Ber. S. 8, 9.

---

widersprechen dem § 9 nicht, weil durch sie der Rechtsweg nicht ausgeschlossen wird. (So auch Hauser in s. Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht IV S. 58.)

2) „Gehalt, Wartegeld, Ruhegehalt" sind nur als Beispiele vermögensrechtlicher Ansprüche angeführt („insbesondere"). Es gehören hierher auch Ansprüche auf Diäten, Reisekosten (vgl. Entsch. d. preuß. OT. 54 S. 281), Umzugskosten, Ortszulagen und andere Dienstbezüge, auf welche der Richter ein Anrecht hat, nicht aber Ansprüche auf Vermögensvortheile, deren Gewährung vom freien Ermessen der vorgesetzten Behörde abhängt (vgl. z. B. §§ 8, 37, 39, 52 usw. des Reichsbeamtengesetzes). [S. Laband a. a. O. S. 476.]

3) Wegen der ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte in Bezug auf die hier fraglichen Ansprüche vgl. GVG. § 70 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, wegen Wegfalls der Revisionssumme CPO. § 509 Nr. 2.

§ 10.

1) Die Vorschriften der §§ 2—5 dieses Titels über die Fähigkeit zum Richteramte wie die Vorschriften der §§ 6—9 über die unabhängige äußere Stellung der Richter beziehen sich nur auf definitiv angestellte Richter (so auch RG. i. StrS. III S. 231, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 509). Die Frage, ob und inwieweit eine zeitweilige Wahrnehmung richterlicher Geschäfte durch andere Personen stattfinden darf, auf welche die §§ 2—9 nicht Anwendung leiden, eventuell, welche Eigenschaften diese Personen besitzen müssen, ist in dem GVG. nicht umfassend geregelt; vielmehr behält dasselbe nach § 10 diese Regelung grundsätzlich der Landesgesetzgebung vor. Daneben aber enthält das GVG. für einzelne Arten von Gerichten besondere Bestimmungen rücksichtlich der zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte (der Zuziehung von Stellvertretern oder Hülfsrichtern), nämlich in § 69 für die Landgerichte, in § 122 für die Oberlandesgerichte und in § 134 für das Reichsgericht, und, insoweit diese Bestimmungen den landesgesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, verlieren letztere selbstverständlich ihre Gültigkeit. Demnach behält, wie auch von dem Antragsteller, Abg. v. Puttkamer hervorgehoben wurde, der § 10 seine Bedeutung vorzugsweise für die Amtsgerichte. Vgl. § 69 Anm. 1—3.

2) In Preußen ist die Befugniß der Referendare und der Gerichtsassessoren zur zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte durch die §§ 2—5 des AG. z. GVG. neu geregelt:

§ 2.

Referendare, welche im Vorbereitungsdienste seit mindestens zwei Jahren beschäftigt sind, können im Falle des Bedürfnisses durch die Justizverwaltung mit der zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte bei den Amtsgerichten beauftragt werden.

Denselben kann nach näherer Anordnung der Justizverwaltung durch den Amtsrichter, welchem sie zur Ausbildung überwiesen sind, die Erledigung einzelner richterlicher Geschäfte übertragen werden.

Zur Urtheilsfällung, zur Aufnahme letztwilliger Verfügungen, zur Entscheidung über Durchsuchungen, Beschlagnahmen und Verhaftungen, sowie zu den Geschäften des Amtsrichters bei Bildung der Schöffengerichte und Schwurgerichte sind Referendare nicht befähigt.

§ 3.

Die Gerichtsassessoren werden nach ihrer Ernennung einem Amtsgericht oder Landgericht oder mit ihrer Zustimmung einer Staatsanwaltschaft zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen. Die Bezeichnung des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft erfolgt durch den Justizminister.

§ 11. Auf Handelsrichter, Schöffen und Geschworene finden die Bestimmungen der §§. 2—9 keine Anwendung.

Entw. — Mot. — Prot. S. 93, 94, 575, 576.

Zweiter Titel. **Gerichtsbarkeit.**

§ 12. Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte und Landgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch das Reichsgericht ausgeübt.

Entw. § 1. Mot. S. 2—10, 26—33. Prot. S. 95—119, 513—525, 576. Komm.-Ber. S. 5—7.

Die Versetzung der Gerichtsassessoren von dem Orte, an welchem sie einem Gericht oder einer Staatsanwaltschaft zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen sind, ist, vorbehaltlich der Vorschriften in §. 4, nur mit ihrer Zustimmung zulässig.

§ 4.

Die Gerichtsassessoren sind verpflichtet, auf Anordnung des Justizministers die Verwaltung einer Amtsrichterstelle, die Stellung eines Hülfsrichters oder eines Hülfsarbeiters bei der Staatsanwaltschaft zu übernehmen. In diesen Fällen ist ihnen eine Entschädigung nach allgemein festzustellenden Grundsätzen sowie Ersatz der Reisekosten nach Maßgabe der Verordnung vom 15. April 1876 (Gesetz-Samml. S. 107) zu gewähren.

Nach Beendigung des ihnen ertheilten Auftrags treten sie bei demjenigen Gerichte oder derjenigen Staatsanwaltschaft wieder ein, wohin sie vor dem erhaltenen Auftrage überwiesen waren.

§ 5.

Bei den Landgerichten und bei den Strafkammern an den Sitzen der Amtsgerichte sind die Gerichtsassessoren zur Wahrnehmung richterlicher Geschäfte nur befugt, wenn sie als Hülfsrichter bestellt sind.

[Vgl. auch Turnau a. a. O. I S. 47; Sächs. AG. z. GVG. v. 1. März 1879 (Ges.- u. V.-Bl. S. 59); Mecklenb. Verordn. v. 21. April 1879 § 26 Abs. 1 (v. Amsberg a. a. O. S. 125). Speziell von der dienstrechtlichen Stellung der preußischen Gerichtsassessoren handelt Jastrow in Johow u. Küntzel, Jahrb. Bd. 4 S. 363 ff.]

3) Hinsichtlich der Vertretung von Rechtsanwälten durch die im Vorbereitungsdienste beschäftigten Juristen s. RAO. § 25 und für Preußen AG. z. GVG. § 6 u. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 19. April 1880 (JMBl. S. 88). Vgl. auch Mecklenb. Verordn. v. 21. April 1879 §§ 26, 27.

§ 11.

„Handelsrichter" — vgl. §§ 109—117.

„Schöffen" — vgl. §§ 31—57. „Geschworene" — vgl. §§ 84—97.

Zweiter Titel.

1) Die Aufgabe des GVG. beschränkt sich auf den Zweck, die nothwendige Grundlage für die gemeinsamen Prozeßordnungen zu schaffen. Daraus folgt von selbst:

a) die Beschränkung auf die streitige Gerichtsbarkeit;

„Die Fragen, ob und welche Mitwirkung den Gerichten noch in anderen Angelegenheiten beizulegen ist, insbesondere inwieweit das Hypotheken- und Grundbuchwesen als Gerichtsangelegenheit angesehen wird — ob das Vormundschaftswesen und in welcher Art der Leitung der Gerichte unterstellt wird — inwiefern überhaupt die Gerichte mit Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zu thun haben — ob endlich die Angelegenheiten der Justizadministration, die Kassenverwaltung, das Depositenwesen, die Civilstandssachen usw. den Gerichten zugewiesen werden, und welchen Gerichten die Verwaltung dieser Angelegenheiten sowie in Ermangelung von Handelsgerichten die Führung der Handels-, Genossenschafts- und Schiffsregister übertragen wird — alle diese Fragen läßt der Entwurf unberührt". (Mot. S. 3.)

b) die Beschränkung auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, „d. h. die Gerichtsbarkeit derjenigen Gerichte, für welche die Vorschriften der Prozeßordnungen (nämlich der CPO., StrPO., KO.) die genügende Richtschnur bilden".

„Diese Gerichtsbarkeit findet ihre Schranke einerseits in den durch Reichs- und Landesrecht gezogenen Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung, andererseits in besonderen durch die Verschiedenheit der Bedürfnisse der Einzelstaaten bedingten Verhältnissen, welche es nothwendig machen, wenn auch nur in beschränktem Maße, besondere Gerichte zuzulassen, für welche die Prozedurvorschriften der Civil- und Strafprozeßordnung nicht maßgebend sind" (Mot. S. 3).

[Vgl. auch Hauser, Zeitschr. IV S. 27 ff., 241 ff., 308 ff., V S. 1 ff. u. Laband, Staatsrecht d. D. Reichs I S. 19 ff.]

2) Der zweite Titel enthält nur die allgemeinen, für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit geltenden Grundsätze. Die §§ 12 und 14 bestimmen die Organe derselben, die §§ 13 und 17 das Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, § 15 handelt von der Eigenschaft der Gerichte als Staatsbehörden, § 16 von Ausnahmegerichten und die §§ 18—21 von der Exterritorialität.

3) Ergänzende Vorschriften, namentlich hinsichtlich der Aufhebung der bestehenden Gerichte und hinsichtlich der nicht zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Angelegenheiten enthält für Preußen das AG. z. GVG. §§ 12—20. Vgl. unten §§ 24 Anm. 3, 70 Anm. 9, 123 Anm. 4, 5.

§ 12.

1) Der § 12 bezeichnet die ordentlichen Gerichte, d. h. diejenigen, welche grundsätzlich die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit handhaben. Den Gegensatz dazu bilden theils die Verwaltungsbehörden und die Verwaltungsgerichte, welchen ausnahmsweise — durch Reichs- oder durch Landesrecht — gewisse bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zugewiesen sind (§ 13), theils die besonderen Gerichte, welche ausnahmsweise reichsgesetzlich bestellt oder zugelassen sind (§ 14).

2) Die Stufenfolge der ordentlichen Gerichte, welche der § 12 begründet, entspricht dem in manchen Theilen Deutschlands bereits bestehenden Rechte; für andere Theile, insbesondere die landrechtlichen Provinzen Preußens, schließt sie die erhebliche Abweichung in sich, daß die Einzelrichter nicht Deputirte oder Delegirte der Kollegialgerichte, sondern vollständig selbständige Gerichtsbehörden sind.

Die Amtsgerichte bilden die erste Instanz für die eiligen und für die weniger erheblichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Landgerichte die erste Instanz für die übrigen und zugleich die zweite Instanz gegenüber den Urtheilen der Amtsgerichte, die Oberlandesgerichte die zweite Instanz gegenüber den landgerichtlichen Urtheilen erster Instanz, das Reichsgericht endlich die zur Wahrung der Rechtseinheit eingerichtete Revisionsinstanz für die Urtheile der Oberlandesgerichte. Das Nähere s. bezüglich der Amtsgerichte in den §§ 22—24, der Landgerichte in den §§ 58—71, der Oberlandesgerichte in den §§ 119—124, des Reichsgerichts in den §§ 125—141.

Den Amtsgerichten stehen Einzelrichter vor (§ 22); die übrigen Gerichte sind Kollegialgerichte, d. h. Gerichte, welche in der Besetzung mit mehreren Richtern handeln (§§ 77, 124, 140). Der Träger des Richteramts ist aber stets das Gericht oder die richterliche Behörde als publizistisches Rechtssubjekt, welches durch die Personen der Richter thätig wird. (So auch Wach I S. 324 ff. A. M. Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden S. 21 ff., welcher nicht zwischen Gericht (richterlicher Behörde) und Richter unterscheidet und das Kollegium nur als eine Vielheit von Personen ansieht.)

3) In den Entwürfen waren neben den Landgerichten noch „Handelsgerichte" genannt. Die RTK. hat aber an die Stelle selbständiger Handelsgerichte „Kammern für Handelssachen" gesetzt. Vgl. darüber die allgem. Bem. zum siebenten Titel.

4) Die Namen der Gerichte sind, wie die Mot. (S. 31) bemerken, im Anschlusse an die in Deutschland üblichen Bezeichnungen gewählt worden. Anträge, statt „Landgerichte" zu sagen: „Kreisgerichte" oder „Bezirksgerichte" oder „Landesgerichte" und statt „Oberlandesgerichte": „Landesgerichte", wurden von der RTK. abgelehnt.

Ueber die Beibehaltung älterer Namen oder Bezeichnungen für einzelne Gerichte äußern die Mot.:

„Die gesetzliche Bezeichnung der Gerichte als Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte schließt es übrigens nicht aus, daß für einzelne Gerichte, unbeschadet ihres Charakters als Gerichte einer dieser Ordnungen, besondere Namen aufrecht erhalten werden, welche durch die sich daran anknüpfenden historischen Erinnerungen besondere Bedeutung haben. Ebensowenig ist es ausgeschlossen, ein Landgericht, welches lediglich für eine einzelne Stadt Gerichtsgewalt hat, als Stadtgericht zu bezeichnen."

[Gegen die Erhaltung des Gattungsnamens „Stadtgericht" s. jedoch Löwe, Strafprozeßordnung 3. Aufl. S. 26 u. v. Rönne, Staatsr. d. D. Reichs II 2 S. 19 Anm. 6b; vgl. auch v. Schwarze, Komm. z. d. D. Strafprozeßordnung. Leipzig 1877 S. 13.]

In Preußen ist durch Allerh. Erlaß v. 1. September 1879 (GS. S. 587) dem Oberlandesgerichte zu Berlin die (historische) Bezeichnung als Kammergericht beigelegt worden.

5) Die örtliche Begrenzung der Gerichtssprengel, die Anstellung (s. § 6 Anm. 1) und Dotirung der Richter — mit Ausnahme derjenigen des Reichsgerichts — und die Beaufsichtigung der Gerichte ist Sache des Landesrechts. Für Preußen vgl. wegen der Sitze und Bezirke der Kollegialgerichte das Gesetz, betr. die Errichtung der Oberlandesgerichte und der Landgerichte, v. 4. März 1878 (GS. S. 109) u. Ges. v. 12. Febr. 1884, betr. die Errichtung des Landgerichts Memel (GS. S. 63), wegen der Sitze und Bezirke der Amtsgerichte § 21 des AG. z. GVG. sowie die in d. allg. Bem. z. dritten Tit. unter 2 (unten S. 1015) angeführten Königlichen Verordnungen bezw. Gesetze.

(Eine Zusammenstellung der bestehenden deutschen Gerichte s. in Pfafferoth, Jahrb. S. 75 ff.)

Ebenso ist die Frage, ob und in welcher Weise gemeinsame Gerichte verschiedener Bundesstaaten gebildet oder einzelne Theile eines Bundesstaats (z. B. Enklaven) den Gerichtssprengeln eines anderen Bundesstaats angeschlossen werden sollen, ausschließlich der Landesgesetzgebung bzw. der Vereinbarung zwischen den einzelnen Bundesstaaten überlassen worden. Anträge, in diesen Beziehungen allgemeine, leitende Grundsätze in das GVG. aufzunehmen, wurden von der RTK. abgelehnt (Prot. S. 335, 351—357).

Preußen hat solche Verträge abgeschlossen mit Oldenburg am 20. August 1878 (GS. 1879 S. 165); Schwarzburg-Sondershausen am 7. Okt. 1878 (GS. 1879 S. 173), Anhalt am 9. Okt. 1878 (GS. 1879 S. 182), Sachsen-Meiningen u. Sachsen-Koburg-Gotha am 17. Oktober 1878 (GS. 1879 S. 189), Sachsen-Meiningen u. Schwarzburg-Rudolstadt am 17. Okt. 1878 (GS. 1879 S. 196), mit den Thüringischen Staaten am 23. April 1878 (GS. 1879 S. 202), betr. den Anschluß preuß. Gebietstheile an den Bezirk des gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandesgerichts zu Jena, mit den Thüringischen Staaten am 11. November 1878 (GS. 1879 S. 216), betr. die Errichtung gemeinschaftlicher Schwurgerichte zu Gera und Meiningen, mit Lippe am 4. Januar 1879 (GS. 1879 S. 219). [Vgl. Struckmann u. Koch a. a. O. S. 109 ff.] Wegen zulässiger Abweichungen von Art. 86, 87 Abs. 1 der Verf.-Urk. vom 31. Jan. 1850 s. Ges. v. 19. Febr. 1879 (GS. S. 18).

[Die sämmtlichen einzelnen Verträge sind abgedruckt bei Pfafferoth, Jahrb. Jahrgang 1880 S. 265 ff. (1886 nicht wieder aufgenommen). Vgl. auch John, Strafprozeßordnung S. 176 ff.]

6) Von dem Reichsgerichte wird die Gerichtsbarkeit Namens des Reichs, von den übrigen Gerichten Namens der einzelnen Bundesstaaten ausgeübt, denen insoweit die Justizhoheit verblieben ist. Aber auch die Gerichte der einzelnen Bundesstaaten handeln als Organe einer einheitlichen Rechtspflege; denn auch in prozessualischer Beziehung bildet das Deutsche Reich ein Rechtsgebiet. Das Nähere darüber vgl. in d. allgem. Bem. z. Tit. 13.

§ 13. Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

Entw. § 2. Mot. S. 26, 27, 32, 33. Prot. S. 121, 469–480, 492, 493, 577; 169. Sitzg. S. 12–15. Komm.-Ber. S. 13, 14. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. S. 189, 190, 197, 198, 202.

---

7) Das gemeinrechtliche Institut der Aktenversendung (vgl. Wetzell § 44, Renaud S. 69 ff., Fitting im civ. Arch. 47 S. 275 ff., sowie neuerdings Bülow das. 65 S. 1 ff. [auch unter dem Titel: „Das Ende des Aktenversendungsrechts" 1881 als besondere Schrift erschienen] u. dagegen Erk. d. jur. Fakultät z. Halle in Busch, Zeitschr. V S. 173 ff.) ist schon nach § 12 in Verbindung mit § 14 als beseitigt anzusehen. [Vgl. Bülow a. a. O. S. 55 Anm. 39, welcher insbesondere die beiden früher hergebrachten Auffassungen als mandatum jurisdictionis oder delegirte Gerichtsbarkeit und die prozessualische der Rathserholung bei juristischen Sachverständigen bekämpft; vgl. auch Sydow das. 65 S. 321, 322, 336 ff. u. Hellmann, Lehrb. S. 37 ff. Gegen Bülow's Auffassung, daß der Fakultät ein beschränkter Theil der Gerichtsbarkeit verliehen sei, s. Schultze, Privatrecht u. Prozeß I S. 32 ff. u. theilweise Wach I S. 10 Anm. 11, 192 Anm. 7, 217 Anm. 21.]

§ 13.

1) Eine Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche grundsätzlich sämmtlich den ordentlichen Gerichten überwiesen und nach den Bestimmungen der CPO. zu erledigen sind (§ 12 Anm. 1, EG. z. CPO. § 3), hat das GVG. nicht gegeben. Die Mot. äußern darüber:

> „Der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" leidet keine (vgl. Mot. zur Bad. PO. § 1) oder doch nur eine durchaus ungenügende (vgl. Preuß. AGO. Einl. § 1) Definition. Ihn gemeinsam für alle deutschen Staaten zu präzisiren, war umsoweniger ausführbar, als nach einzelnen Rechten auch Justizpolizeisachen bzw. Akte der gemischt freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich auch Vormundschaftssachen, in den Formen eines Prozesses verhandelt werden (vgl. Nordd. Prot. S. 2200). Der Entwurf konnte aber den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als einen gegebenen voraussetzen, weil er ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Deutschen Reichs überall gesetzlich, sei es im geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte, fixirt ist (Hann. Prot. I S. 343 ff.). Für die Bestimmung einer Sache als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" sind sonach in erster Linie die Reichsgesetze, in weiterer Linie aber das Landesrecht des einzelnen Staates maßgebend."
>
> [Vgl. auch OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VII S. 496 ff.]

Ein Antrag, welcher bezweckte, die Frage über die materielle Zulässigkeit des Rechtswegs prinzipiell zu lösen und allgemein bindende Vorschriften über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit in das GVG. aufzunehmen, wurde von der RTK. abgelehnt. [Vgl. über diesen Begriff: Hauser a. a. O. IV S. 27 ff., 241 ff., Sarwey, D. öffentliche Recht u. d. Verwaltungsrechtspflege S. 288; Wach I S. 80 Anm. 4 u. 5, Planck, I S. 26 ff.; s. auch RG. III S. 409 u. dazu Vierhaus in Busch, Zeitschr. V S. 59, 60, RG. V S. 34 (Erstattung von Zöllen), XI S. 65 (Erstattung von Reichsstempelabgaben in Bremen), XI S. 91 (Erstattung von Reichsstempelabgaben in Preußen), theilweise abweichend XI S. 98 (derselbe Gegenstand)].

Ein eigentlicher Streit ist nicht unbedingt vorausgesetzt. Im weiteren Sinne gehören zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auch gewisse Prozeduren, welche auf Herstellung eines gestörten Rechtszustandes abzielen und daher, obwohl sie sonst meistens zu den Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit gezählt werden, jetzt den ordentlichen Gerichten überwiesen sind, z. B. Entmündigungen, Konkurse, Aufgebote. (Vgl. auch Hauser a. a. O. IV S. 54, Uebel in Busch, Zeitschr. I S. 369 ff., Drechsler im civ. Arch. 62 S. 405 ff., Schultze, Das Deutsche Konkursrecht S. 140 ff., Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 23 ff., Gaupp III S. 587, Laband a. a. O. S. 20 ff., Hellmann, Lehrb. S. 3 ff., 41 ff., Wach I S. 10 ff., bes. 18 ff., Planck I S. 26 u. oben S. 659, 909.) Wegen des Uebergabe-Verfahrens nach rhein. Recht vgl. RG. X S. 305.

Andererseits findet die CPO., selbst wenn dabei nach Partikularrecht die Form des Urtheils vorgeschrieben ist, nicht auf Prozeduren Anwendung, bei welchen es sich nur um gerichtliche Bestätigung eines unstreitigen Geschäfts handelt, z. B. um Homologation einer gerichtlichen Theilung in den Fällen Code civ art. 823, 838 u. Code de proc. art. 966 ff. (RG. X S. 294).

2) Eine formelle Schranke, Streitigkeiten, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusehen sind, vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu verweisen, findet nach § 13 weder für die Reichsgesetzgebung noch für die Landesgesetzgebung statt (vgl. auch Wach I S. 79). Anträge, welche bezweckten, diese Befugniß für die Landesgesetzgebung an bestimmte Voraussetzungen prinzipieller Natur zu knüpfen, wurden von der RTK. abgelehnt, und nur einige Spezialanträge mehr negativer Natur angenommen, deren Absicht dahin ging, zu verhindern, daß in gewissen, genau hervorgehobenen Fällen der Rechtsweg von der Landesgesetzgebung ausgeschlossen werde. S. diese Fälle, durch welche somit der allgemeine Vorbehalt des § 13 modifizirt wird, im GVG. § 9 und im EG. z. CPO. §§ 4 u. 5 a. E. Von diesen Fällen abgesehen, bleiben die bestehenden Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung (auch Justizverwaltung — vgl. RG. in Fenner u. Mecke, Arch. III S. 406) aufrecht erhalten. (Vgl. auch v. Rönne, Staatsrecht d. D. Reichs II 2 S. 26.)

[Die übrigen reichsgesetzlichen (sowie die nach preuß. und bayer. Landesgesetzen geltenden) Bestimmungen, welche in bestimmten Rechtssachen unbedingt oder nach einer Vorentscheidung der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte den Rechtsweg vor den Gerichten gewähren, s. bei Hauser a. a. O. IV S. 59 ff., 244 ff. Ueber das Verhältniß der Civil- und Administrativsachen s. eingehend Wach I S. 78 ff. Ueber Verfassungsstreitigkeiten zwischen Landesherren und Ständen s. RG. III S. 409. Für Preußen vgl. außerdem Sydow, Die Zulässigkeit des Rechtsweges. Berlin 1860 und v. Rönne, Erg. 5. Ausg. III S. 85 ff., dess. Preuß. Staatsrecht I S. 455 ff., Schulze, Preuß. Staatsrecht II S. 354 ff.; für Bayern Pözl, Verfassungsrecht 4. Aufl. § 163, dess. Verwaltungsrecht §§ 70, 71; für die sonstigen Bundesstaaten Sarwey a. a. O. S. 29 ff., Wach I S. 84 ff.]

3) Die Ueberweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte kann entweder in der Weise erfolgen, daß diesen die Verhandlung und Entscheidung ausschließlich übertragen und der Rechtsweg mithin gänzlich ausgeschlossen wird (s. Wach I S. 111 Z. 1), oder in der Weise, daß sie nur eine Vorentscheidung über eine bestimmte Präjudizialfrage mit bindender Wirkung für den Richter zu treffen haben [vgl. z. B. EG. z. GVG. § 11 Abs. 2, § 115 des Ges. v. 27. Juni 1871, betr. die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen usw. (RGBl. S. 275), §§ 141, 144 d. Reichsbeamtengesetzes (RG. XII S. 143), § 155 desselben Gesetzes (vgl. RG. I S. 34, XII S. 70, Wach I S. 113 Z. 2b)], oder endlich so, daß sie allerdings über die Sache in ihrem vollen Umfange, aber unter Vorbehalt des Rechtsweges zu entscheiden (oder auch vorläufig zu vollstrecken) haben [vgl. z. B. Gewerbeordn. in der Fassung v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) §§ 75, 97 Nr. 4, 97a Nr. 6, 100b, 100d Nr. 3, 120a und dazu ROHG. 21 S. 19, 24 S. 55, RG. II S. 63, XII S. 61 (gegen letztere Entscheidung mit Recht Rocholl, Rechtsfälle II S. 1 ff.); Ges., betr. d. Krankenversicherung der Arbeiter, v. 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73) §§ 58, 65, 72, 73; Ges. v. 21. Dez. 1871 über die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen (RGBl. S. 459) § 41; Reichsbeamtenges. §§ 134 ff., 150; Strandungsordn. v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73) §§ 36—39 — und dazu RG. III S. 140, V S. 89, VII S. 64, RG. im RAnz. 1882 bes. Beil. 7 S. 8); § 32 d. Ges., betr. d. Erhebung v. Reichsstempelabgaben, in d. Fassung v. 3. Juni 1885 (RGBl. S. 179); für Preußen: Ges., betr. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden usw., v. 26. Juli 1876 § 4 Abs. 2 (GS. S. 297), Vorfluthges. v. 15. Nov. 1811 § 10 (GS. S. 352), Ges. v. 11. Mai 1842 § 5 (GS. S. 192), Ges. v. 28. Februar 1843 § 7 (GS. S. 41), Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880 § 83 (GS. S. 225), Pensionsgesetz in d. Fassung d. Ges. v. 30. April 1884 (GS. S. 126) § 23

usw.]. (Vgl. über derartige Vorentscheidungen noch unten §§ 14 Anm. 4, 17 Anm. 3, Hauser a. a. O. IV S. 58 ff., 244 ff., 308 ff., V S. 1 ff., Turnau a. a. O. I S. 110—114, Brinkmann, Begründung der Klagen I S. 46 ff., Wach I S. 113 Z. 1 a.)

Auch die in den Reichsgesetzen oder Landesgesetzen zugelassene Beitreibung im Verwaltungswege bleibt unberührt [vgl. oben S. 698, Postgesetz v. 28. Oktober 1871 § 25 (RGBl. S. 347)].

4) „Verwaltungsbehörden" — Verwaltungsbehörden, denen nach Reichsrecht bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in einer oder der anderen Bedeutung (s. Anm. 3) überwiesen worden, sind z. B.:

a. die „Innungsbehörden", „besonderen Behörden" und „Gemeindebehörden" im Falle der §§ 100e bzw. 120a der Gewerbeordnung in der Fassung d. Ges. v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177),
b. die „Militärverwaltungsbehörden" in den Fällen der §§ 114, 115 des Ges. v. 27. Juni 1871 (RGBl. S. 275),
c. die „Postanstalten" in Bezug auf die exekutivische Beitreibung unbezahlt gebliebener Beträge an Personengeld usw. nach § 25 des Postges. vom 28. Oktober 1871,
d. die „höheren Civilverwaltungsbehörden" im Falle des § 41 des Rayongesetzes vom 21. Dezember 1871,
e. die in den §§ 134, 150, 155 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 bezeichneten Behörden,
f. die von dem Bundesrathe für die Festsetzung der Vergütung von Kriegsleistungen nach § 33 des Gesetzes über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 (RGBl. S. 129) zu bestimmenden Behörden,
g. die Strandämter bzw. deren Aufsichtsbehörden in den Fällen der §§ 29, 30, 38, 40 der Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73),
h. die zur Feststellung der Schäden und Vergütung nach § 14 des Ges. über Naturalleistungen im Frieden v. 13. Februar 1875 (RGBl. S. 52) zuständigen Behörden.

Vgl. auch § 7 des Ges. über die Aufhebung der Portofreiheiten v. 5. Juni 1869 (RGBl. S. 141) und § 2 des Ges. über die Abgaben von der Flößerei v. 1. Juni 1870 (RGBl. S. 312).

Wegen Preußen s. Ges. v. 26. Juli 1880 (GS. S. 291 ff.), Turnau a. a. O. I S. 122—124, v. Rönne, Preuß. Staatsr. I S. 507 ff.

5) — „oder Verwaltungsgerichten" — Der Entwurf enthielt statt dessen die Worte „einschließlich der Verwaltungsgerichte". Die RTK. hat diese Worte abgeändert, um nicht die Ansicht reichsgesetzlich zu sanktioniren, als ob die Verwaltungsgerichte zu den Verwaltungsbehörden gehören. Ob dieses der Fall, bestimmt sich nach der den Verwaltungsgerichten in dem Organismus des einzelnen Staats zugewiesenen Stellung.

Auch nach Reichsrecht bestehen Verwaltungsgerichte. Die Mot. (S. 32) heben als solche („Behörden, die auf der Grenze zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden stehen, zuweilen als Gerichte bezeichnet werden, aber ihrem Wesen nach den Verwaltungsbehörden beizuzählen sind") z. B. das Bundesamt für das Heimathwesen [Ges. v. 6. Juni 1870 §§ 42 ff. (BGBl. S. 368)] und die Seemannsämter [Seemannsordnung v. 27. Dezbr. 1872 §§ 105, 106 (RGBl. S. 409 ff.)] hervor. Außerdem gehören dahin: das verstärkte Reichseisenbahnamt [Ges. v. 27. Juni 1873 § 5 Nr. 4 (RGBl. S. 164)], das Patentamt [Patentgesetz v. 25. Mai 1877 (RGBl. S. 501)], insoweit es über die Erklärung der Nichtigkeit und über die Zurücknahme der Patente entscheidet (§§ 13, 14, 27—31 des angef. Ges.), die Seeämter und das Oberseeamt [Ges., betr. die Untersuchung von Seeunfällen, v. 27. Juli 1877 (RGBl. S. 549)], die in Gemäßheit des Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie (RGBl. S. 351) § 26 gebildete Beschwerdekommission (so auch Hauser a. a. O. IV S. 255 ff. A. M. theilweise Sarwey a. a. O. S. 705.), endlich

das Reichsversicherungsamt, soweit es nach § 89 des Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 (RG. S. 69) u. den ausdehnenden Gesetzen über gewisse Streitigkeiten entscheidet. Vgl. auch Krankenvers.-Ges. § 58 Abs. 2. Die Reichsrayonkommission (Ges. v. 21. Dezbr. 1871 §§ 29, 41), welche Laband a. a. O. S. 381 ff. u. Zorn, Staatsrecht d. Deutschen Reichs I S. 224 hierher rechnen, dürfte als ein Verwaltungsgericht nicht anzusehen sein. Vgl. oben Anm. 4d.

Für Preußen gehören dahin namentlich die durch die Kreisordn. v. 13. Dez. 1872 (GS. S. 661) und das Ges. v. 3. Juli 1875 (GS. S. 375) eingeführten Verwaltungsgerichte. S. auch d. Ges. v. 26. Juli 1876 (GS. S. 297), v. 26. Juli 1880 §§ 7, 62 (GS. S. 291), v. 2. Aug. 1880 (GS. S. 315), v. 30. Juli 1883 (GS. S. 187), v. 1. Aug. 1883 (GS. S. 237), v. 12. Sept. 1885 (GS. S. 333). [Vgl. Turnau a. a. O. S. 114 ff., v. Rönne a. a. O. S. 489 ff. u. v. Brauchitsch (Studt u. Braunbehrens), Die neuen Preuß. Verwaltungsgesetze. 5./6. Aufl. 4 Bde. Berlin 1884—86.] Wegen der Kompetenzkonfliktsgerichtshöfe vgl. unten § 17.

Ueber die Verwaltungsrechtspflege in Bayern vgl. Seydel in Hirth u. Seydel, Annalen 1885 S. 213 ff.

6) — „reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt" — Die einzigen Beispiele bilden, abgesehen von einzelnen Anwendungen der in Anm. 5 angef. Gesetze, für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die Konsuln bzw. Konsulargerichte [vgl. Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) u. darüber Turnau a. a. O. II S. 277 ff.] und die Prisengerichte [vgl. Ges., betr. die Prisengerichtsbarkeit, v. 3. Mai 1884 (RGBl. S. 49)]. Die Militärgerichte (EG. z. GVG. § 7) sind nur für Strafsachen reichsgesetzlich bestellt (vgl. Laband a. a. O. III S. 63 ff.).

7) — „oder zugelassen sind" — nämlich durch frühere Reichsgesetze, mithin außer denjenigen, welche durch § 14 dieses Gesetzes zugelassen werden. Zu ersteren gehören z. B. die Auditeure, soweit ihnen ausnahmsweise bürgerliche Rechtsstreitigkeiten übertragen werden können [Reichsmilitärges. v. 2. Mai 1874 § 39 Abs. 3 (RGBl. S. 45), EG. z. CPO. § 13 Anm. 3 u. für Preußen AG. z. GVG. § 111], ferner die „Austräge" der Standesherren (EG. z. GVG. § 7) sowie die besonderen Gerichte, namentlich auch Austrägalgerichte, für die Mitglieder der landesherrlichen Familien und der Fürstl. Familie Hohenzollern (EG. z. GVG. § 5), die gewerblichen Schiedsgerichte der Gewerbeordnung in der Fassung des Ges. v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) §§ 97a Nr. 6, 100d Nr. 3, 120a, die Schiedsgerichte der §§ 53, 65 d. Ges., betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, v. 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73) u. des Unfallversicherungs-Ges. v. 6. Juli 1884 §§ 46 ff. Vgl. Prot. S. 126.

Selbstverständlich ist die Einrichtung solcher Gerichte in Staaten, in welchen sie bisher nicht errichtet waren, auch für die Zukunft, gestattet (vgl. § 14 Anm. 11, EG. z. GVG. § 3 Anm. 1). Soweit eine solche Einrichtung nicht erfolgt oder später wieder aufgehoben wird, gehören die betreffenden Sachen, wie die Mot. hervorheben, nach der allgemeinen Regel vor die ordentlichen Gerichte, ohne daß es einer besonderen landesgesetzlichen Bestimmung hierüber bedarf.

8) Bezüglich des Verfahrens vor den besonderen Gerichten vgl. EG. z. GVG. § 3, EG. z. CPO. § 3 Abs. 2; bezüglich der Möglichkeit, einem bestimmten ordentlichen Gerichte oder einer Abtheilung desselben zugleich die Funktionen eines besonderen Gerichts zu übertragen, vgl. EG. z. GVG. § 3. Die Urtheile der besonderen Gerichte sind im ganzen D. Reich wie die der ordentlichen vollstreckbar (vgl. Wach I S. 251).

9) In Betreff des Verhältnisses der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Sondergerichtsbarkeit vgl. die zutreffenden Bemerkungen bei Löwe a. a. O. S. 31 Anm. 15.

Die ordentlichen Gerichte entscheiden grundsätzlich — im Gegensatze zum Standpunkte des franz. Rechts — auch über die dem öffentlichen Rechte angehörenden Vorfragen, welche bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorkommen. (Vgl. Hauser a. a. O. IV S. 257 ff., Wach I S. 86 ff.) S. auch EG. z. CPO. § 14 Nr. 1 u. CPO. § 139 Anm. 2.

10) Durch Privatverträge kann — abgesehen von den Schiedsgerichten (CPO. §§ 851 ff.) — die Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten

§ 14. Als besondere Gerichte werden zugelassen:
1. die auf Staatsverträgen beruhenden Rheinschifffahrts- und Elbzollgerichte;
2. Gerichte, welchen die Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei der Ablösung von Gerechtigkeiten oder Reallasten, bei Separationen, Konsolidationen, Verkoppelungen, gutsherrlich-bäuerlichen Auseinandersetzungen und dergleichen obliegt;
3. Gemeindegerichte, insoweit denselben die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche obliegt, deren Gegenstand in Geld oder Geldeswerth die Summe von sechzig Mark nicht übersteigt, jedoch mit der Maßgabe, daß gegen die Entscheidung der Gemeindegerichte innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist sowohl dem Kläger wie dem Beklagten die Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg zusteht, und daß der Gerichtsbarkeit des Gemeindegerichts, als Kläger oder Beklagter, nur Personen unterworfen werden dürfen, welche in der Gemeinde den Wohnsitz, eine Niederlassung oder im Sinne der §§. 18, 21 der Civilprozeßordnung den Aufenthalt haben;
4. Gewerbegerichte.

Entw. § 3. Mot. S. 27, 33–35. Prot. S. 121–130, 577–582; 169. Sitzg. S. 12–15. Komm.-Ber. S. 16, 17. Sten.-Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. S. 190–204.

---

nicht entzogen und umgekehrt nicht beigelegt werden (vgl. ROHG. 21 S. 84, RG. II S. 311, VIII S. 350, 399, XI S. 66, Entsch. d. preuß. OT. 77 S. 90, 93, Wach I S. 100; s. jedoch Planck, I S. 29 a. E.). S. auch oben S. 127 Anm. 2.

§ 14.

Vgl. Pfafferoth, Jahrb. 1886 S. 16 ff.

1) — „zugelassen" — vgl. § 13 Anm. 7 u. 8, Hellmann, Lehrb. § 12 II S. 63 ff., Wach I S. 36 unter i.

Nr. 1: Die Rheinschifffahrts- und Elbzollgerichte sind aufrecht erhalten, weil sie auf Staatsverträgen beruhen und einen internationalen Charakter haben, die ersteren wegen der Betheiligung der Niederlande, die letzteren wegen der Betheiligung Oesterreichs. Die Weserzoll- und Neckarschifffahrtsgerichte, bei denen kein außerdeutscher Staat betheiligt ist, sind aufgehoben.

Nach der revidirten Rheinschifffahrtsakte v. 17. Oktober 1868 Art. 33—38 (Preuß. GS. v. 1869 S. 798) urtheilen die auf Grund derselben errichteten Rheinschifffahrtsgerichte in Preußen [vgl. Ges. v. 8. März 1879 (GS. S. 129)] — abgesehen von gewissen Strafsachen — in Civilsachen (nach den Vorschriften über das Verfahren in den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten — § 7 das.) über Klagen wegen Zahlung der Lootsen-, Krahn-, Wage-, Hafen- und Bollwerksgebühren und ihres Betrages, wegen der von Privatpersonen vorgenommenen Hemmung des Leinpfades, wegen der Beschädigungen, welche Schiffer und Flößer während der Fahrt und beim Anlanden verursacht haben, und wegen der den Eigenthümern der Zugpferde beim Heraufziehen der Schiffe zur Last gelegten Beschädigungen von Grundeigenthum. Gegen das Urtheil erster Instanz kann entweder bei der Centralkommission in Mannheim oder bei dem betreffenden Obergerichte des Landes, in welchem das Urtheil ergangen ist, Berufung eingelegt werden. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 123 ff., Turnau a. a. O. II S. 333 ff.) — Wegen Bayern s. Hauser a. a. O. S. 36 Anm. 17.

Die auf Grund der Elbschifffahrtsakte v. 23. Juni 1821 Art. 26 (Preuß. GS. 1822 S. 10) und der Additionalakte v. 13. April 1844 § 47 (Preuß. GS. S. 458) bestehenden Elbzollgerichte — nach der im Jahre 1870 erfolgten Aufhebung der Elbzölle ein wenig passender Name — haben eine ähnliche Zuständigkeit. In Preußen ist das Verfahren neu geregelt durch Ges. v. 9. März 1879 (GS. S. 132). [Vgl. Struckmann u. Koch a. a. O. S. 135 ff., Turnau

a. a. O. II S. 842 ff.; s. auch v. Rönne, Erg. 5. Ausg. III S. 696.] Für Mecklenburg s. Verordn. v. 15. Dez. 1885 §§ 47—49 (v. Amsberg, Ausf.-Verordn. S. 916).

2) Nr. 2: Zu den hier bezeichneten Gerichten (sog. agrarischen Gerichten) gehören für Preußen die Generalkommissionen für Landeskultursachen bzw. die landwirthschaftlichen Spruchkollegien bei den Regierungen als Gerichte erster Instanz und das Revisionskollegium für Landeskultursachen [nach dem Ges., betr. das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, v. 18. Febr. 1880 § 2 (GS. S. 59) „Ober-Landeskulturgericht" genannt], als Gericht zweiter Instanz. Für die dritte Instanz, in welcher früher das Obertribunal entschied, ist durch § 1 der Kais. Verordn., betr. die Uebertragung preußischer Rechtssachen auf das Reichsgericht, v. 26. Sept. 1879 (RGBl. S. 287) die Entscheidung dem Reichsgericht übertragen. Vgl. § 3 Abs. 2 des EG. z. GVG., § 19 des Preuß. AG. Aehnliche Einrichtungen bestehen im Königr. Sachsen, Großherz. Hessen und manchen anderen deutschen Staaten.

„Die Einrichtung der besonderen agrarischen Gerichte ist durch die Erwägung veranlaßt, daß die denselben zugewiesenen Sachen ein strikt prozessualisches Verfahren nicht dulden, und daß es dabei vielfach auf landwirthschaftliche und technische Kenntnisse ankommt, welche bei den Richtern nicht vorausgesetzt werden können. Das Eigenthümliche des Verfahrens bei den in Rede stehenden Angelegenheiten besteht vornehmlich darin, daß für den einen oder anderen Theil ein landesgesetzlich geordneter Zwang besteht, sich auf Verhandlungen einzulassen, die doch wieder den Charakter vertragsmäßiger Akte behalten, und daß die Entscheidung der vorkommenden Rechtsstreitigkeiten die vertragsmäßigen Feststellungen theils vorzubehalten, theils zu ergänzen hat. Die hierzu von der Landesgesetzgebung für zweckmäßig erachteten Einrichtungen sollen durch die Reichsgesetzgebung nicht zerstört oder geändert werden." (Mot.)

3) Nr. 3: In der RTK. war die Nr. 3, welche nach dem Entwurf lautete:

„Gemeindegerichte, insoweit — obliegt",

gestrichen worden; der Reichstag stellte dieselbe aber in zweiter Lesung nach lebhafter Debatte unter Beifügung des vom Abg. v. Cuny beantragten Satzes:

„jedoch mit der Maßgabe — den Aufenthalt haben"

wieder her.

Derartige Gemeindegerichte bestanden in Württemberg bei Streitgegenständen bis zum Werthe von 30 Gulden in Gemeinden 1. Klasse, von 20 Gulden in Gemeinden 2. Klasse und von 15 Gulden in Gemeinden 3. Klasse, in Baden bei Streitgegenständen bis zum Werth von 24 Gulden in Städten, von 5 Gulden in Landgemeinden.

4) — „jedoch mit der Maßgabe — die Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg zusteht" — Durch diesen Zusatz hat die Gerichtsbarkeit der Gemeindebehörden einen ganz anderen Charakter erhalten, als ihr nach dem Entwurfe, welcher dem Vorbild in Württemberg gefolgt war, zustehen sollte. Nach dem Entwurfe war es eine eigentliche Gerichtsbarkeit; die Gemeinderichter traten in den fraglichen Bagatellsachen an die Stelle der Amtsgerichte. Nach dem Zusatze aber trägt die Entscheidung der Gemeindegerichte nur den Charakter einer Vorentscheidung an sich, gegen welche jeder der Parteien die Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg, d. h. an das nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Amtsgericht, zusteht, welches nunmehr nach den Vorschriften der CPO. ein — wiederum der Berufung an das Landgericht unterliegendes — Urtheil zu fällen hat. Dem Wesen nach handelt es sich hier mithin um ein zwangsweises Sühneverfahren vor den Gemeindebehörden, welches dem Prozeßverfahren vorauszugehen hat; der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung gehört daher eigentlich nicht an diese Stelle, sondern in das EG. z. CPO. [Vgl. auch Gaupp II S. 8 Nr. VIII; Zorn, Staatsrecht d. D. Reichs II S. 381 legt mit Unrecht den Gemeinde- (und Gewerbe)-Gerichten den Charakter von Schiedsgerichten bei; dagegen spricht gerade die Zulässigkeit der Provokation an die ordentlichen Gerichte; s. dagegen Laband a. a. O. III 2, S. 33 Anm. 1.]

In der RTK. sowohl wie im Reichstage ist die Frage erörtert worden, ob es überhaupt eines Vorbehalts für die Landesgesetzgebung bezüglich der Einführung eines obligatorischen Sühneverfahrens bedürfe, und ob aus der Aufnahme dieses einzelnen Vorbehalts per argumen-

tum e contrario zu folgern sein würde, daß andere Arten von Vorentscheidungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, wie sie z. B. in Preußen und anderen Staaten vielfach bestehen, untersagt seien. Der erste Theil der Frage dürfte zwar zu bejahen sein, weil ein obligatorisches Sühneverfahren mit den Vorschriften der CPO., welche nur ein freiwilliges Sühneverfahren kennt und in ihren Motiven ein zwangsweises Sühneverfahren als völlig verwerflich zurückweist (vgl. CPO. § 471 Anm. 3; s. auch R. E. § 3), in Widerspruch steht, und weil der § 13 des GVG., welcher für die Befugniß der Landesgesetzgebung, ein solches Verfahren einzuführen, geltend gemacht wird, offenbar nur Fälle vor Augen hat, in welchen die Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ihrer inneren Natur wegen ganz oder bezüglich einzelner (Präjudizial- oder Inzident-) Fragen Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten überwiesen wird (vgl. auch Hauser a. a. O. IV S. 28 Anm. 3). Dagegen ist der zweite Theil der Frage zu verneinen, theils, weil der § 2 des EG. z. GVG. sowohl seiner allgemeinen Fassung wie den Mot. nach (vgl. § 13 Anm. 3) auf administrative Vorentscheidungen mitbezogen werden muß, theils weil das arg. e contrario jedenfalls wesentlich dadurch abgeschwächt ist, daß ein Kommissar des Bundesraths gegen dasselbe, ohne nachher Widerspruch gefunden zu haben (Sten. Ber. S. 198), ja sogar unter persönlicher Zustimmung des Berichterstatters (a. a. O. S. 202) ausdrücklich im voraus protestirt hat.

5) — „innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist" — Dieselbe ist durch Landesgesetz festzustellen. Hat innerhalb derselben keine der Parteien den Prozeß beim Amtsgerichte anhängig gemacht, so wird die Entscheidung der Gemeindebehörde vollstreckbar. Durch Landesgesetz ist auch zu bestimmen, ob das ordentliche Gericht von Amtswegen oder nur auf Antrag zu prüfen hat, ob das Gemeindegericht vorher angerufen ist (Endemann I S. 66). Im Zweifel wird jedoch Ersteres anzunehmen sein (vgl. die § 17 Anm. 3 angeführten Urtheile d. RG.).

6) — „und daß der Gerichtsbarkeit — Aufenthalt haben" — Die Gerichtsbarkeit (richtiger Sühnebefugniß) des Gemeindegerichts ist mithin eine ganz lokale.

„Wohnsitz" — vgl. CPO. §§ 12—17.

„Niederlassung" — vgl. CPO. § 22, KO. § 208 Abs. 1.

7) „Gewerbegerichte" — Darunter sind nicht sowohl die in § 120a der Gewerbeordnung in d. Fassung des Ges. v. 1. Juli 1883 (vgl. RG. XIII S. 341) zugelassenen Gewerbegerichte bzw. Behörden zur Entscheidung der daselbst bezeichneten Streitigkeiten gemeint, welche schon unter § 13 fallen (vgl. § 13 Anm. 4 u. 7), als die abgesehen davon nach Landesrecht für die Entscheidung anderer gewerblicher Streitigkeiten bestehenden Gewerbegerichte, z. B. die conseils de prud'hommes in Elsaß-Lothringen (Dekrete v. 11. Juni 1809, 3. Aug. 1810 und 5. Sept. 1811), in der preuß. Rheinprovinz die aus derselben Quelle stammenden Gewerbegerichte [vgl. Ges. v. 7. Aug. 1846 (GS. S. 403)].

8) In den Fällen der Nr. 2—4 bleiben nicht nur die dort bezeichneten besonderen Gerichte, soweit sie gegenwärtig bestehen, in Wirksamkeit, sondern die Landesgesetzgebung hat auch die Befugniß, dieselben, wo sie überhaupt noch nicht bestehen, neu einzurichten oder, wo sie nicht mit der vollen zulässigen Zuständigkeit bestehen, mit einer erweiterten Zuständigkeit auszustatten (vgl. EG. z. GVG. § 3 Anm. 1). Letzteres gilt, wie die Verhandlungen der RTK. (Prot. S. 125—127) klar ergeben, insbesondere auch rücksichtlich der Gewerbegerichte, denen, so lange die Reichsgesetzgebung diesen Gegenstand nicht vollständig geordnet hat, durch die Landesgesetzgebung in gewerblichen Streitigkeiten eine größere Zuständigkeit als die bisherige übertragen werden darf.

9) Die in dem Entw. unter Nr. 5, 6 aufgeführten Forst- und Feldrügegerichte und Polizeirügegerichte für Uebertretungen, welche nur mit Geldstrafe von höchstens sechzig Mark oder Haft von höchstens 14 Tagen bedroht sind, sind von der RTK. gestrichen worden.

10) Aus der Bestimmung, daß nur die aufgezählten besonderen Gerichte zugelassen sind, ergiebt sich, wie die Mot. mit Recht bemerken, von selbst die Aufhebung aller übrigen besonderen Gerichte, jedoch nur in Bezug auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, wogegen alle

§ 15. Die Gerichte sind Staatsgerichte.

Die Privatgerichtsbarkeit ist aufgehoben; an ihre Stelle tritt die Gerichtsbarkeit desjenigen Bundesstaates, in welchem sie ausgeübt wurde. Präsentationen für Anstellungen bei den Gerichten finden nicht statt.

Die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten ist ohne bürgerliche Wirkung. Dies gilt insbesondere bei Ehe- und Verlöbnißsachen.

Entw. § 4. Mot. S. 46–53. Prot. S. 131–142, 582. Komm.-Ber. S. 17–20. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Seff. 1876 S. 207–210, 888, 889.

---

in den Landesgesetzgebungen zu den „besonderen Gerichten" gezählten Behörden, denen bzw. soweit ihnen Angelegenheiten der Administrativjustiz oder der nicht streitigen Gerichtsbarkeit übertragen sind, unberührt bleiben. Zu den insoweit aufgehobenen Gerichten gehören insbesondere die Universitätsgerichte und die Berggerichte.

Für Preußen ist durch § 13 des AG. z. GVG. die den Universitätsgerichten zustehende Gerichtsbarkeit auch in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten aufgehoben worden. Hinsichtlich der den Universitätsgerichten verbliebenen akademischen Disziplin vgl. das Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der Studirenden usw., v. 29. Mai 1879 (GS. S. 389, Turnau a. a. O. I S. 142 ff., II S. 87 ff.).

11) Die Ansicht Endemann's (I S. 64 u. 196), daß nur die zur Zeit des Geltungsbeginns des GVG. bestehenden besonderen Gerichte geduldet würden, nicht aber in Zukunft Gerichte dieser Art in erster Instanz durch die Landesgesetzgebung eingeführt werden dürften, widerspricht der allgemein gehaltenen Fassung („werden zugelassen"), den zu § 3 des EG. z. GVG. abgedruckten Motiven und den Verhandlungen der RTK., von welcher ein die Gewerbegerichte betreffender, von dem Standpunkte E.'s ausgehender Antrag des Abg. Klotz abgelehnt wurde — Prot. S. 125 ff. (Rücksichtlich der Gemeindegerichte ist die Zulässigkeit der Neueinführung auch im Reichstage anerkannt — Sten. Ber. v. 18. Nov. 1876 S. 202.) Auch würde dieselbe zu großen praktischen Schwierigkeiten führen, weil bei jeder Abänderung der betreffenden Landesgesetze leicht Zweifel über die Zulässigkeit entstehen könnten. (Uebereinstimmend v. Rönne, Staatsrecht d. D. Reichs II 2 S. 23, Turnau a. a. O. I S. 124 Anm. 13, Wilm.-Levy Anm. 1, Planck I S. 38.)

§ 15.

1) Den Hauptgrundsatz stellt der Abs. 1 auf; die Abs. 2 und 3 enthalten nur Konsequenzen.

„Staatsgerichte" — d. h. Gerichte, welche lediglich im Auftrage und Namen des Staats Recht sprechen. In diesem Sinne sind nicht nur die Gerichte der einzelnen Bundesstaaten (einschließlich des Reichslandes Elsaß-Lothringen), sondern auch das Reichsgericht ein Staatsgericht. (Vgl. v. Rönne a. a. O. S. 30.)

2) Abs. 2: „Privatgerichtsbarkeit" — welche als standesherrliche Gerichtsbarkeit und als städtische und ritterschaftliche Patrimonialgerichtsbarkeit bisher noch bestanden hat, erstere nach Aufhebung der Gerichtsbarkeit des Herzogs von Aremberg in Preußen (vgl. GS. 1875 S. 327) nur noch im Königreich Sachsen für das Fürstl. und Gräfl. Haus Schönburg in den sog. fünf „Rezeßherrschaften" (vgl. hierüber Bischof, Betrachtungen zu § 4 und § 5 des Entwurfs zum Reichs-Gerichtsverfassungsgesetze, Graz 1875, welcher in Uebereinstimmung mit den bisherigen Inhabern dieser Gerichtsbarkeit dieselbe als eine staatliche auffaßt. A. M. mit Recht Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands. 1871, v. Rönne a. a. O.); letztere in den beiden Mecklenburg und den beiden Lippe.

Die Frage, ob für Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit eine Entschädigung zu gewähren sei, ist nicht entschieden worden und bleibt mithin der Landesgesetzgebung vorbehalten.

§ 16. Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt.

Entw. § 5. Mot. S. 53—55. Prot. S. 142, 143, 582, 583.

---

3) Da das GVG. sich überhaupt nicht die Regelung der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zur Aufgabe gestellt hat (EG. z. GVG. § 2), bezieht sich auch der Abs. 2 nicht auf dieselbe. Es bleibt also z. B. die auf das Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit beschränkte Hausgerichtsbarkeit der Fürsten von Thurn und Taxis in Bayern (Bayer. Ges. v. 29. April 1869) unverändert bestehen (Mot. S. 47). [Vgl. Hauser a. a. O. IV S. 30 Anm. 7.] Für Preußen hält § 27 des AG. z. GVG. den den Häuptern und Mitgliedern der früher reichsständischen Familien eingeräumten Gerichtsstand in Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit ausdrücklich aufrecht.

4) „Präsentationsrechte“ — mögen dieselben einen patrimonialen Charakter an sich tragen, wie z. B. in Preußen die Präsentationsrechte der Fürsten von Wied und Solms-Braunfels und der Grafen zu Stolberg zu einer Anzahl von Kreisrichterstellen, oder auf dem inneren Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten beruhen, wie z. B. die Präsentationsrechte der Stände der Mecklenburgischen Großherzogthümer für gewisse Stellen am Oberappellationsgericht zu Rostock, an den Justizkanzleien und am Kriminalkollegium, und das Präsentationsrecht der Abgeordnetenversammlung des Herzogthums Braunschweig zu zwei Rathsstellen am Obergerichte zu Wolfenbüttel. Alle Ernennungen sollen in Zukunft in den Einzelstaaten ausschließlich von der Staatsregierung ausgehen (vgl. § 6 Anm. 1). Ueber die Ernennung der Mitglieder des Reichsgerichts vgl. § 127 Abs. 1.

5) Abs. 3: Der Abs. 3 bestätigt in etwas anderen Ausdrücken nur dasjenige, was nach § 76 des Ges. über die Beurkundung des Personenstandes usw. v. 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) bereits bestehendes Recht war. Ein Antrag, den Absatz mit Rücksicht hierauf als überflüssig zu streichen, ist von der RTK. hauptsächlich deshalb abgelehnt worden, weil man es für wünschenswerth hielt, an dieser Stelle die Aufhebung der nicht staatlichen Gerichtsbarkeit vollständig zu regeln.

Die geistliche Gerichtsbarkeit, soweit sie sich auf rein geistliche Angelegenheiten (im Gegensatz zu „weltlichen“) beschränkt, bleibt unberührt.

6) Der § 15 bezieht sich an sich zwar nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, wirkt aber von selbst auch auf die nicht streitige, sofern diese (wie z. B. in Preußen) den ordentlichen Gerichten übertragen ist (vgl. Mot. z. Preuß. AG. S. 1).

§ 16.

Vgl. Preuß. Verf.-Urk. Art. 7.

1) Der erste Satz hat die doppelte Bedeutung, der Staatsverwaltung sowohl wie der Landesgesetzgebung die Möglichkeit zu entziehen, an Stelle des ein für alle Mal durch das Gesetz bestimmten Gerichts ein anderes einzurichten.

„Die durch das Reich bestimmte Ordnung der Gerichte darf nur reichsgesetzlich, nicht mehr staatsgesetzlich verrückt werden“ (Mot.).

2) Der zweite Satz will auch verhindern, daß von den gesetzlich bestehenden Gerichten ein anderes für den einzelnen Fall Recht spreche, als dasjenige, welches für diesen einzelnen Fall das gesetzlich berufene ist. Die delegirte und mandirte Gerichtsbarkeit des gem. Rechts ist damit beseitigt (vgl. Planck I S. 99). Wer im einzelnen Falle der „gesetzliche Richter“ ist, bestimmen die hauptsächlich im GVG. (§§ 23, 24, 70, 101; vgl. auch CPO. §§ 1—11 usw.) gegebenen Normen über die sachliche und die in der CPO. (z. B. §§ 12—37, 61, 547 usw.; vgl. d. allg. Bem. z. ersten Buch zweiten Titel) enthaltenen Normen über die örtliche Zuständigkeit.

— „entzogen werden“ — Dieses trifft auf solche Parteien nicht zu, welche sich freiwillig einem anderen Richter, als dem nach allgemeinen Zuständigkeitsnormen zuständigen unterwerfen (CPO. §§ 38—40). Ebensowenig kann in den Fällen des § 36 der CPO. von einer

§ 17. Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs.

Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen übertragen:

1. Die Mitglieder werden für die Dauer des zur Zeit ihrer Ernennung von ihnen bekleideten Amts oder, falls sie zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleiden, auf Lebenszeit ernannt. Eine Enthebung vom Amte kann nur unter denselben Voraussetzungen wie bei den Mitgliedern des Reichsgerichts stattfinden.
2. Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Reichsgerichte oder dem obersten Landesgerichte oder einem Oberlandesgerichte angehören. Bei Entscheidungen dürfen Mitglieder nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken. Diese Anzahl muß eine ungerade sein und mindestens fünf betragen.
3. Das Verfahren ist gesetzlich zu regeln. Die Entscheidung erfolgt in öffentlicher Sitzung nach Ladung der Parteien.
4. Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urtheil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend.

Entw. — Mot. — Prot. S. 481—493, 583—586. Komm.-Ber. S. 14—16. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sess. S. 210—222.

---

solchen Entziehung die Rede sein, weil in demselben das zunächst höhere Gericht auf Grund dieses Gesetzes den zuständigen Richter bestimmt, oder in den Fällen, wo nach den Bestimmungen über Stellvertretung (vgl. z. B. GVG. §§ 10, 62, 69, 122) ein Stellvertreter an die Stelle des regelmäßigen Richters tritt, weil Ersterer gleichfalls als „gesetzlicher Richter" betrachtet werden muß. (Vgl. auch v. Schwarze S. 16, Hauck S. 39, v. Rönne, Staatsr. d. D. Reichs II, 2 S. 32, Planck I S. 23 u. A.)

Wegen der Aktenversendung vgl. § 12 Anm. 7.

3) Der dritte Satz hat vor allem die Bestimmung des Art. 68 der Reichsverfassung über die Errichtung von Kriegsgerichten für den Fall der Erklärung des Kriegszustandes [vgl. jedoch Bündnißvertrag mit Bayern v. 23. Nov. 1870 III § 5 (BGBl. 1871 S. 9)] vor Augen, darüber hinaus aber auch die landesgesetzlichen Vorschriften, insbesondere von Elsaß-Lothringen, welche, abgesehen von dem letztgedachten Falle, die Errichtung von Kriegsgerichten oder Standrechten gestatten. Vgl. auch Reichspreßgesetz v. 7. Mai 1874 § 30. [Das Nähere s. bei Keller S. 27 Anm. 3 u. Löwe, Strafprozeßordnung S. 34.] Vgl. für Preußen noch § 110 des AG. z. GVG. Für die CPO. hat der Satz keine Bedeutung.

§ 17.

1) Der § 17 ist, nachdem weitergehende Anträge, welche besondere Behörden zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs nur in dem Verhältnisse zwischen den Gerichten einerseits und den Verwaltungsgerichten (nicht auch den Verwaltungsbehörden) andererseits zulassen wollten, abgelehnt worden waren, von der RTK. auf Antrag des Abg. Lasker mit einigen vom Abg. Struckmann vorgeschlagenen Modifikationen angenommen und vom Reichstage ungeachtet des anfänglichen Widerspruchs der Bundesregierungen aufrecht erhalten worden.

2) Als Regel stellt § 17 im Abs. 1 den dem deutschen Rechte entsprechenden (Seuffert, Arch. 21 Nr. 79, 24 Nr. 38, 27 Nr. 174, RG. im RAnz. 1884 bes. Beil. 3 S. 11, Zachariä, Deutsches Staatsrecht II §§ 147—149, wo auch die sehr zahlreiche Literatur über diese Frage sich angegeben findet, Wach I S. 100), von den neueren deutschen Landesgesetzgebungen (vgl. für Preußen v. Rönne, Preuß. Staatsrecht I S. 519 ff., Schulze, Preuß. Staatsrecht II S. 380 ff., 856 ff.) aber unter Einfluß des franz. Rechts und der verwickelten Ver-

hältnisse der Verwaltung vielfach verlassenen Grundsatz an die Spitze, daß die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs selbst entscheiden oder, mit anderen Worten, ihre Zuständigkeit ohne Einwirkung einer dritten Behörde in allen Rechtsstreitigkeiten selbst bestimmen sollen (selbstverständlich auf Grund des bestehenden materiellen Rechts).

Dieser Grundsatz wird auch gegenüber den Reichsbehörden (sowie den Landesbehörden soweit sie als Organe der Reichsverwaltung thätig sind) unverändert aufrecht erhalten. Wie bisher die Gerichte Kompetenzstreitigkeiten mit Verwaltungsbehörden (und Verwaltungsgerichten) des Reichs selbständig zu entscheiden hatten, da den Reichsbehörden die Befugniß zur Erhebung von Kompetenzkonflikten nirgends beigelegt ist, so ist solches auch ferner der Fall. (Vgl. Prot. S. 483—485, Wach I S. 104). [Die bei dieser Gelegenheit in der RTK. von einigen Mitgliedern geäußerte Ansicht, daß überall, wo Reichsrecht in Frage komme, also auch da, wo dasselbe von den Landesverwaltungsbehörden angewendet werde, die Erhebung des Kompetenzkonflikts unzulässig sei, wurde von den Abg. Lasker u. Bähr mit Recht bekämpft, da bei dieser Frage nicht das materielle Recht, sondern die Eigenschaft der Behörden, zwischen denen der Streit besteht, das Entscheidende ist. Vgl. noch Laband a. a. O. S. 36, Wach I S. 104 Anm. 72.]

Dagegen wird von dem Grundsatz im Abs. 2 eine weitgreifende Ausnahme zu Gunsten der Landesgesetzgebung — die sich selbstverständlich nur auf das Verhältniß der Gerichte zu den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten des eigenen Landes, nicht des Reichs erstrecken kann — zugelassen. Die fernere Zulässigkeit der im Abs. 2 erwähnten besonderen Behörden [z. B. Staatsrath, Kompetenzkonflikts-Hof, Kompetenzkonflikts-Senat (Bayern) usw.] ist jedoch davon abhängig, daß die unter Nr. 1—4 hervorgehobenen Voraussetzungen (Normativbestimmungen) in Bezug auf die Zusammensetzung dieser Behörden und auf das Verfahren vor denselben erfüllt sind. Die betreffenden Behörden in den einzelnen Staaten sind mithin nur insofern bestehen geblieben, als auf sie jene Voraussetzungen sämmtlich zutreffen; entgegengesetztenfalls sind diese Behörden mit dem Inkrafttreten des GVG. fortgefallen, wenn nicht inzwischen die erforderliche Veränderung ihrer Einrichtung oder ihres Verfahrens getroffen ist. Bezüglich der Einführung dieser Veränderung durch landesherrliche Verordnung s. EG. z. GVG. § 17 Abs. 2. Für Preußen s. d. Verordn., betr. die Kompetenzkonflikte 2c., v. 1. August 1879 (GS. S. 573), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 521 ff., Turnau a. a. O. II S. 132, v. Rönne a. a. O. S. 524 ff.; für Bayern, Sachsen, Württemberg, Hessen vgl. v. Sarwey a. a. O. S. 683.

Nach § 17 Abs. 1 des EG. z. GVG. kann die Verhandlung und Entscheidung der in § 17 Abs. 2 des GVG. bezeichneten Streitigkeiten unter gewissen Voraussetzungen — statt besonderen Landesbehörden — dem Reichsgerichte zugewiesen werden.

3) „Zulässigkeit des Rechtswegs“ — vgl. CPO. §§ 247 Abs. 2 Nr. 2, 509 Nr. 1, 513 Nr. 4, 528 Abs. 3 Nr. 2, auch GVG. § 13 Anm. 4. Die Gerichte haben die Zulässigkeit des Rechtswegs von Amtswegen zu prüfen (vgl. CPO. § 247 Anm. 11; OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 37 Nr. 156). Auch wenn der Rechtsweg nur nach einer von einer Verwaltungsbehörde getroffenen Vorentscheidung zulässig ist (vgl. §§ 13 Anm. 3, 14 Anm. 4), muß, sofern — was regelmäßig der Fall sein wird — die betreffende Vorschrift dem öffentlichen Rechte angehört, von Amtswegen geprüft werden, ob eine solche Vorentscheidung vorausgegangen ist (ROHG. 21 S. 16, RG. II S. 63, RG. im RAnz. 1882 bes. Beil. 7 S. 8). Vgl. auch Anm. 7 a. E.

Der § 17 hat vorwiegend für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten Bedeutung. In Strafsachen wird ein Streit zwischen Gericht und Verwaltung über Zulässigkeit des Rechtswegs sehr selten vorkommen. (Vgl. Löwe, Strafprozeßordn. S. 35 Anm. 2.)

Nicht hierher gehören die besonderen Voraussetzungen der strafrechtlichen oder civilrechtlichen Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen; von diesen handelt § 11 des EG. z. GVG.

4) Nr. 1: „Enthebung“ — vgl. §§ 128—131. Theils enger, theils weiter ist der Ausdruck in § 8 (vgl. das. Anm. 6, 9, 12).

5) Nr. 2: „obersten Landesgerichte" — vgl. EG. z. GVG. § 8.

„Bei Entscheidungen — mitwirken" — vgl. § 194 Abs. 1. Enthalten die betreffenden Landesgesetze nichts, so ist lediglich die Normativbestimmung in Satz 3 maßgebend. Daß auch im Einzelfalle mindestens die Hälfte der Mitwirkenden aus richterlichen Beamten bestehen müsse, ist nicht gesagt (vgl. auch Preuß. Verordn. v. 1. Aug. 1879 §§ 2, 3).

6) Nr. 3: Wo das Verfahren nach den in der Nr. 3 aufgestellten Grundsätzen bereits geregelt ist, ist eine weitere Regelung selbstverständlich nicht nothwendig. Der Nachdruck liegt auf „gesetzlich". Die künftige Regelung im Verordnungswege ist ausgeschlossen. Vgl. jedoch EG. z. GVG. § 17 Abs. 2. In Preußen ist auf Grund dieses § 17 Abs. 2 die Regelung erfolgt durch die in Anm. 2 angeführte Verordn. v. 1. August 1879.

— „nach Ladung der Parteien" — Die Worte „und Anhörung" sind gestrichen, um keinen Zweifel zu lassen, daß, wenn die Parteien auf die Ladung nicht erschienen sind, in ihrer Abwesenheit erkannt werden kann (Prot. S. 586).

7) Nr. 4: Hiernach sind die Verwaltungsbehörden bzw. Verwaltungsgerichte genöthigt, den (positiven) Kompetenzkonflikt vor rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu erheben (vgl. auch § 4 der Preuß. Verordn. v. 1. August 1879), und es ist durch die Vorschrift, daß die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts maßgebend bleibt, ein Ersatz dafür gewährt, daß in vielen Staaten (z. B. Preußen) die Gerichte gegenüber den Verwaltungsbehörden einen Kompetenzkonflikt nicht erheben können (vgl. §§ 4, 5 der angef. Verordn., Erk. d. preuß. OT. v. 11. April 1876 im Rhein. Arch. Bd. 67 II S. 74; s. auch Wach I S. 100, ferner Schulze a. a. O. S. 383 u. dagegen Sarwey a. a. O. S. 680). Dagegen ist bei der allgemeinen Fassung des Abs. 2 (vgl. auch Preuß. Verordn. § 4 Abs. 2) vor rechtskräftiger Entscheidung des Reichsgerichts auch noch in der Revisionsinstanz die Erhebung des Kompetenzkonflikts zulässig (so auch Turnau a. a. O. S. 133 Anm. 6. A. M. Wach I S. 102 ff.)

— „durch rechtskräftiges Urtheil — feststeht" — Dies ist nicht bloß dann der Fall, wenn der ganze Rechtsstreit durch Endurtheil erledigt ist (CPO. § 272), sondern auch, wenn die als prozeßhindernde Einrede geltend gemachte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs rechtskräftig verworfen worden ist (CPO. § 248 Anm. 2). Vgl. auch § 4 Abs. 2 der angef. preuß. Verordn. Ein rechtskräftiges Theilurtheil (CPO. §§ 273, 274) schließt die Erhebung des Kompetenzkonflikts nur hinsichtlich des Anspruchs, worüber entschieden ist, aus.

Die Nr. 4 bezieht sich — im Gegensatze zu dem ursprünglichen Antrage des Abg. Reichensperger — nur auf die Fälle des positiven Kompetenzkonflikts (arg. die Worte „Zulässigkeit des Rechtswegs — feststeht"); hat sich (bei sog. negativen Kompetenzkonflikten) das Gericht rechtskräftig für seine Unzuständigkeit entschieden, kann die Verwaltungsbehörde trotzdem die Zuständigkeit bei der besonderen Behörde behaupten. (Vgl. Keller S. 31 Anm. 10, Hauck S. 41 Anm. 2, Thilo S. 41, Turnau a. a. O. I S. 136. A. M. Wach I S. 101 Anm. 64, S. 102 sowie anscheinend Endemann I S. 72; s. jedoch Wilm. Levy Anm. 4 a. E.)

Durch die Entscheidung der besonderen Behörde, daß der Rechtsweg zulässig sei, ist die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht in der Art festgestellt, daß eine Entscheidung des Gerichts über diese Frage in Anlaß der noch nicht rechtskräftig entschiedenen Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen wäre (RG. XI S. 391. A. M. Wach I S. 105 Anm. 76).

8) Da die Vorschriften des GVG. sich überhaupt nur auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beziehen, so findet § 17 auf das Verhältniß zwischen besonderen Gerichten (z. B. Auseinandersetzungsbehörden) und Verwaltungsbehörden und die zwischen ihnen eintretenden Kompetenzkonflikte keine Anwendung, ebensowenig auf Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verwaltungsgerichten oder Verwaltungsbehörden [vgl. hierüber für Preußen Ges., betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte usw., v. 3. Juli 1875 § 83 Abs. 5 (GS. S. 375), Ges. v. 2. Aug. 1880 § 83 Abs. 4 (GS. S. 315), v. 30. Juli 1883 § 113 (GS. S. 195)] oder zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten. (So auch Löwe a. a. O. S 35 Anm. 4, Turnau a. a. O. I S. 133 Anm. 7, Wilm. Levy Anm. 2. A. M. Keller S. 30.)

§ 18. Die inländische Gerichtsbarkeit erstreckt sich nicht auf die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten Missionen. Sind diese Personen Staatsangehörige eines der Bundesstaaten, so sind sie nur insofern von der inländischen Gerichtsbarkeit befreit, als der Staat, dem sie angehören, sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat.

Die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaate beglaubigten Missionen sind der Gerichtsbarkeit dieses Staates nicht unterworfen. Dasselbe gilt von den Mitgliedern des Bundesraths, welche nicht von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiete der Bundesrath seinen Sitz hat.

Entw. § 6. Mot. S. 55—57. Prot. S. 148.

Endlich betrifft der § 17 nicht die Kompetenzstreitigkeiten zwischen den bürgerlichen Gerichten und den Militärgerichten (vgl. EG. z. GVG. § 7), weil es sich bei diesen Streitigkeiten nicht um die Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern um den Gerichtsstand handelt. Die zur Erledigung derartiger Streitigkeiten in manchen Einzelstaaten bestehenden besonderen Behörden bleiben mithin unberührt. (So auch Thilo S. 27 Anm. 15. A. M. Keller S. 30 Anm. 4a.)

9) Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2, GO. f. RA. § 20.

§§ 18—21.

1) Die §§ 18—21 handeln von den sog. Exterritorialen, d. h. denjenigen Personen, welche der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, obwohl sie sich innerhalb des Deutschen Reichs aufhalten und mithin nach allgemeinen Grundsätzen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit unter der inländischen Gerichtsbarkeit stehen würden. Vgl. auch R. E. § 5.

> „Die Gerichtsbarkeit der deutschen Gerichte erstreckt sich auf alle Personen, welche sich innerhalb des Deutschen Reiches aufhalten, ohne Unterschied ob dieselben dem Staate des Prozeßgerichts, einem anderen Bundesstaate oder einem ausländischen Staate angehören. Hiervon sind nur die durch völkerrechtliche Grundsätze und die durch die Reichsverfassung gebotenen Ausnahmen zu machen.“ (Mot.)

Die Wohnung der Exterritorialen gilt nicht als Ausland (vgl. RG. i. StrS. III S. 70, Zorn, Reichsstaatsrecht II S. 462).

[Im Uebrigen s. bezüglich der Exterritorialität: Heffter, Das Europäische Völkerrecht 5. Ausg. S. 373 ff.; v. Bar, Das internat. Privat- und Strafrecht S. 572 ff., Zorn a. a. O. S. 460 ff., Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens usw. Erlangen 1886. S. 38 ff., Hellmann, Lehrb. S. 89 ff.]

2) Ueber den Gerichtsstand der Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, vgl. für den Civilprozeß CPO. § 16. Ueber Zustellungen an dieselben s. das. § 183; über ihre Vernehmung als Zeugen das. § 342 Anm. 5.

3) Ebenso wie das Gesandschaftspersonal fremder Staaten (§§ 18, 19) sind auch die fremden Landesherren (für sich) und die fremden Staaten selbst von der inländischen Gerichtsbarkeit in der Regel befreit (vgl. allg. Bem. z. CPO. Buch 8 Abschn. 5 unter 5, oben S. 877; Urth. des bayerischen Gerichtshofs f. Komp.-Konflikte v. 5. März 1885 in Hirth u. Seydel, Annalen 1885 S. 325 ff.). Dies gilt jedoch nicht von den deutschen Staaten und Landesherren wegen der Einheitlichkeit des deutschen Rechtsgebietes (A. M. Thudichum in Hirth u. Seydel a. a. O. S. 320 f. u. theilweise Planck I § 12, I 1a a. E., S. 45). Ueber die Sonderstellung der Letzteren s. EG. z. GVG. § 5.

Sonstige Exemtionen von den Vorschriften des GVG. und der CPO. über die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit finden nicht weiter statt; insbesondere ist der privilegirte Gerichtsstand der Standesherren und vormals Reichsunmittelbaren (Deutsche Bundesakte Art. 14 Nr. 3) sowie derjenige anderer schriftsässiger Personen aufgehoben. Auch für diese Personen geben allein die Vorschriften der Prozeßordnungen über den Gerichtsstand in Verbindung mit den Bestimmungen des GVG. über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Norm dafür, vor welchem Gerichte der Gerichtsstand im einzelnen Falle begründet ist. (Vgl. Mot. S. 56, 57, v. Rönne, Staatsrecht d. D. Reichs II 2 S. 34.)

§ 19. Auf die Familienglieder, das Geschäftspersonal der im §. 18 erwähnten Personen und auf solche Bedienstete derselben, welche nicht Deutsche sind, finden die vorstehenden Bestimmungen Anwendung.

Entw. § 7. Mot. S. 55. Prot. S. 148.

§ 20. Durch die Bestimmungen der §§. 18, 19 werden die Vorschriften über den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht berührt.

Entw. § 8. Mot. S. 56. Prot. S. 148.

---

§ 18.

1) Abs. 1: Der erste Satz giebt einen allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsatz wieder.

„Um eine möglicherweise nicht erschöpfende Aufzählung der Botschafter, Gesandten, Minister-Residenten, Geschäftsträger, Legations-Sekretäre und Attachés zu vermeiden, bedient sich das Gesetz des Ausdrucks: Chefs und Mitglieder der bei dem Reiche beglaubigten Missionen" (Mot.).

2) Zur Begründung des zweiten Satzes sagen die Mot.:

„Nach der Ansicht der Völkerrechtslehrer — — sind diplomatische Personen, wenn sie in einem dauernden Unterthanenverhältnisse zu demjenigen Staate stehen, bei welchem sie beglaubigt sind, nur insoweit von dessen Gerichtsbarkeit befreit, als dieser Staat sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat. Im Verhältnisse zum Deutschen Reiche muß die Reichsangehörigkeit als entscheidend angesehen werden."

3) Abs. 2: Der erste Satz bezieht sich sowohl auf die diplomatischen Personen, welche eine auswärtige Macht bei einem einzelnen Bundesstaate beglaubigt hat, wie auf diejenigen, welche von dem einen Bundesstaate bei dem andern beglaubigt sind.

4) Der zweite Satz des Abs. 2 ist eine Konsequenz des Art. 10 der Reichsverfassung:

„Dem Kaiser liegt es ob, den Mitgliedern des Bundesraths diplomatischen Schutz zu gewähren."

Die Anwendbarkeit der Bestimmung ist nicht auf die Zeit beschränkt, während deren die Mitglieder des Bundesraths als solche in Berlin anwesend sind (vgl. auch v. Rönne a. a. O. S. 33 Anm. 5, Löwe a. a. O. S. 36 Anm. 6).

5) Ueber die Tragweite des § 18 bemerken die Mot. (S. 56):

„Aus dem Satze, daß die diplomatischen Personen usw. der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, ergiebt sich nicht nur, daß sie im Inland nicht gegen ihren Willen verklagt werden können, sondern ebenso, daß Zustellungen an sie nach den Grundsätzen von Zustellungen im Auslande zu bewirken sind, und daß gegen sie ein Zwang, sich als Auskunftsperson vernehmen zu lassen, durch inländische Gerichte nicht zu üben ist."

Vgl. CPO. § 342 Anm. 5.

§ 19.

1) Auch der Inhalt des § 19 entspricht allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen.

2) „Familienglieder" sind nicht blos Ehefrau und Kinder (CPO. § 17), sondern alle in der Familiengemeinschaft lebenden Personen, im Gegensatz auch zu dem „Geschäftspersonal" und den „Bediensteten". Vgl. CPO. §§ 166, 169, 679, 771 Anm. 2.

„Der Ausdruck „„Bedienstete"" ist gewählt, um außer den Dienstboten auch solche Personen zu bezeichnen, welche als Lehrer, Haushofmeister und dergl. im Dienste der Gesandten usw. stehen." (Mot.)

§ 20.

1) Die Vorschriften über den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten s. in CPO. § 25. Ihre Geltung entspricht feststehenden Grundsätzen des Völkerrechts. (Vgl. Heffter a. a. O. S. 85.)

2) Abgesehen von dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstande, sind alle besonderen Gerichtsstände (vgl. S. 10), mögen sie nun ausschließliche sein oder nicht, durch die Exterritorialität ebenso ausgeschlossen, wie der allgemeine Gerichtsstand. Es folgt dies schon aus der allgemeinen Fassung des § 18 Abs. 1 und ist in der RTK. von dem Vertreter der Reichsre-

§ 21. Die im Deutschen Reiche angestellten Konsuln sind der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen, sofern nicht in Verträgen des Deutschen Reichs mit anderen Mächten Vereinbarungen über die Befreiung der Konsuln von der inländischen Gerichtsbarkeit getroffen sind.

Entw. § 9. Mot. S. 56. Prot. 148.

Dritter Titel. **Amtsgerichte.**

§ 22. Den Amtsgerichten stehen Einzelrichter vor.

Ist ein Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt, so wird einem derselben von der Landesjustizverwaltung die allgemeine Dienstaufsicht übertragen. Jeder Amtsrichter erledigt die ihm obliegenden Geschäfte als Einzelrichter.

Entw. § 10. Mot. S. 58. Prot. S. 151–154.

---

gierung ausdrücklich konstatirt worden. Ausgeschlossen ist namentlich auch der Gerichtsstand der Widerklage (Löning in Busch, Zeitschr. IV. S. 71 Anm. 86. A. M.: Kleiner I S. 218, Wilm. Levy § 18 Anm. 2, Turnau a. a. O. I S. 139 Anm. 8, welche mit Unrecht eine Unterwerfung des klagenden Exterritorialen unter das Gericht des Inlandes annehmen, während er doch das betreffende Gericht nur in der Absicht angerufen hat, sein Recht gegen den Inländer zu erlangen, und in der Regel in dieser Beziehung nicht einmal eine Wahl hat).

§ 21.

1) Die Exterritorialität erstreckt sich regelmäßig nicht auf die Konsuln.

„Die Bestimmung, daß die Konsuln, gleichviel, ob Berufs- oder Wahlkonsuln, im Prinzip als diplomatische Personen nicht anerkannt werden, soweit nicht vertragsmäßig andere Bestimmungen getroffen sind, ist allgemein anerkannten Rechtens“ (Mot.).

Vgl. CPO. § 16 Abs. 2.

2) „Verträgen“ — Konsularverträge (in denen übrigens nur eine sehr beschränkte Exterritorialität der Konsuln vereinbart ist) hat das Deutsche Reich abgeschlossen mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika am 11. Dez. 1871 (RGBl. 1872 S. 95), mit den Niederlanden am 11. Januar 1872 (RGBl. 1872 S. 67), mit Spanien am $\frac{\text{22. Februar 1870}}{\text{12. Januar 1872}}$ (RGBl. 1872 S. 211), mit Italien am $\frac{\text{21. Dezbr. 1868}}{\text{7. Febr. 1872}}$ $\left(\frac{\text{BGBl. 1869 S. 113}}{\text{RGBl. 1872 S. 134}}\right)$, mit Rußland am $\frac{\text{26. Novbr.}}{\text{8. Dezbr.}}$ 1874 (RGBl. 1875 S. 145 ff.), mit Brasilien am $\frac{\text{10. Jan.}}{\text{6. Juli}}$ 1882 (RGBl. S. 69), mit Griechenland am $\frac{\text{26. Novbr. 1881}}{\text{6. Juli 1882}}$ (RGBl. 1882 S. 101), mit Serbien am $\frac{\text{6. Jan.}}{\text{5. Mai}}$ 1883 (RGBl. S. 62). Vgl. auch Freundschafts-, Handels-, Schifffahrts- u. Konsularvertrag mit dem Königreich der Hawaiischen Inseln v. $\frac{\text{25. März}}{\text{19. Sept.}}$ 1879 (RGBl. 1880 S. 121 Art. X ff.), die Freundschafts-, Handels- und Schifffahrts-Verträge mit dem Freistaat Costa-Rica v. $\frac{\text{18. Mai 1875}}{\text{21. Nov. 1876}}$ (RGBl. 1877 S. 13) Art. XXVI ff., mit Japan v. 20. Febr. 1869 (BGBl. 1870 S. 1) Art. 2, mit der Republik Liberia v. 31. Okt. 1867 (BGBl. 1868 S. 197) Art. 7, mit den Vereinigten Staaten von Mexiko v. $\frac{\text{28. Aug. 1869}}{\text{26. Aug. 1870}}$ (BGBl. 1870 S. 525) Art. XXII ff., mit dem Freistaate Salvador v. 13. Juni 1870 (RGBl. 1872 S. 377) Art. XXII ff., Handels- u. Schifffahrts-Vertrag mit Portugal v. 2. März 1872 (RGBl. S. 254) Art. 17, 18, Freundschafts-, Handels- u. Schifffahrts-Vertrag mit Persien v. 11. Juni 1873 (RGBl. 1873 S. 351) Art. 3, 13 ff., Handelsvertrag zwischen Deutschland u. Oesterreich-Ungarn v. 23. Mai 1881 (RGBl. S. 123) Art. 21, Handels-, Freundschafts- u. Schiffahrts-Vertrag mit dem Königr. Korea v. 26. Nov. 1883 (RGBl. 1884 S. 221) Art. II, Handels-, Schifffahrts- u. Konsular-Vertrag mit d. Dominikanischen Republik v. 30. Januar 1885 (RGBl. 1886 S. 3) Art. XXI, Freundschafts- u. Handels-Vertrag mit der Südafrikanischen Republik v. 22. Januar 1885 (RGBl. 1886 S. 209) Art. 8 ff., Freundschafts-, Handels- und Schifffahrts-Vertrag mit dem Sultan v. Zanzibar v. 20. Dez. 1885 (RGBl. 1886 S. 261) Art. III, XVI ff.

Dritter Titel.

1) § 22 bestimmt das Wesen und die Einrichtung der Amtsgerichte; die §§ 23, 24 handeln von der Zuständigkeit derselben.

Die Sitze der Amtsgerichte mit den Zahlen u. Namen der Richter u. den Zahlen der Einwohner s. in dem Verzeichniß der Deutschen Gerichte bei Pfafferoth, Jahrb. 1886 S. 75ff.

2) Für Preußen vgl. AG. z. GVG. §§ 21—32. Nach § 8 das. führen die bei den Amtsgerichten angestellten Richter den Amtstitel „Amtsrichter". Einem Theile derselben kann durch die Ernennung zum „Amtsgerichtsrath" persönlich ein höherer Amtscharakter mit dem Range der Räthe vierter Klasse verliehen werden (Allerh. Erlaß v. 11. Aug. 1879 — GS. S. 579, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 493). — Die Sitze der Amtsgerichte sind durch K. Verordn. v. 26. Juli 1878 (GS. S. 275) — ergänzt durch K. Verordn. v. 1. Juli 1882 (GS. S. 332) u. v. 21. Sept. 1882 (GS. S. 347) u. durch Ges. v. 7. April 1885 (GS. S. 107) — festgesetzt, die Bezirke durch K. Verordn. v. 5. Juli 1880 (GS. S. 393), welche letztere durch die Verordn. v. 1. Oktober 1879 (GS. S. 615), 26. Febr. 1880 (GS. S. 84), 27. Oktober 1880 (GS. S. 393), 9. November 1881 (GS. S. 341), 21. Juni 1882 (GS. S. 325) u. 22. Sept. 1882 (GS. S. 348) u. durch Ges. v. 7. April 1885 (GS. S. 107) in einigen Einzelheiten abgeändert ist.

§ 22.

1) Der Abs. 1 stellt den Grundsatz an die Spitze, daß ein jeder Amtsrichter stets als Einzelrichter fungirt. Hierdurch ist nicht blos eine kollegialische Gestaltung der Amtsgerichte, sondern auch, wie die Mot. besonders hervorheben, die (bis dahin z. B. im Königreich Sachsen bestehende) Einrichtung ausgeschlossen, wonach nur ein Richter als Träger des Einzelrichteramts anerkannt wird, während demselben ein oder mehrere unselbständige Gehülfen beigeordnet werden können, die nach seinen Weisungen zu verhandeln und zu entscheiden haben, sofern sie ihn nicht im einzelnen Falle vertreten.

2) Abs. 2: Ungeachtet der selbständigen Stellung jedes einzelnen von mehreren bei demselben Amtsgerichte angestellten Richtern führt die Vereinigung mehrerer Richter zu einem Gerichte von selbst die Nothwendigkeit herbei, gewisse Geschäfte in einer Hand zu vereinigen bzw. einem der Richter eine gewisse Leitungsgewalt zu übertragen (ähnlich wie bei Kollegialgerichten dem Vorstande). Dieses ist die „allgemeine Dienstaufsicht", von welcher im Abs. 2 die Rede. Es fällt darunter die Aufsicht über die im Vorbereitungsdienste beschäftigten Personen, die Subaltern- und Unterbeamten, über die Dienstlokale und das Inventar, die Einführung des gesammten Personals, die Erbrechung und Präsentation der an das Amtsgericht (ohne nähere Bezeichnung der Abtheilung) gelangenden Schriftstücke sowie die Vertheilung derselben u. dgl. (vgl. Turnau a. a. O. I S. 167 B). Dagegen steht dem aufsichtsführenden Amtsrichter keinerlei Disziplinargewalt über die anderen Amtsrichter zu und ebensowenig eine sachliche Einwirkung auf die denselben zugewiesenen Geschäfte (Prot. S. 152). [Wegen der Frage, ob derselbe im Sinne des StrGB. § 196 als „amtlicher Vorgesetzter" der übrigen Amtsrichter anzusehen, vgl. RG. i. StrS. XI S. 163 (Württemberg) u. RG. in RAnz. 1885 bes. Beil. 2 S. 86 (Sachsen).]

In Preußen ist nach § 79 Abs. 2 des AG. z. GVG. bei den mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amtsgerichten die Aufsicht über die bei denselben angestellten nicht richterlichen Beamten einem der Amtsrichter zu übertragen; die Aufsicht über die richterlichen Beamten dagegen steht nach § 78 Nr. 2, 3 das. — abgesehen vom Justizminister — lediglich dem vorgesetzten Land- bzw. Oberlandesgerichtspräsidenten zu. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 51 ff.)

Ueber den Begriff „Landesjustizverwaltung" vgl. § 8 Anm. 14.

3) In welcher Weise die Geschäfte des Amtsgerichts unter mehrere Amtsrichter zu vertheilen sind, bestimmt das GVG. nicht; dies bleibt mithin der Anordnung der einzelnen Bundesstaaten vorbehalten.

§ 23. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit dieselben nicht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind:

„In der That können hierbei lokale Verhältnisse von großer Erheblichkeit sein. Bald wird es zweckmäßiger sein, die Geschäfte nach territorialen Bezirken zu theilen, bald wird sich eine sachliche Theilung der Geschäfte desselben Bezirks empfehlen. Festzuhalten ist, daß solche Theilung der Geschäfte das Amtsgericht nicht in eine Mehrheit von Amtsgerichten spaltet, daß vielmehr dasselbe Amtsgericht bald durch diesen, bald durch jenen Richter urtheilt. Dadurch wird die Vertretung eines Richters, der rechtlich oder thatsächlich verhindert ist, durch einen Richter desselben Gerichts zu einer Angelegenheit der Geschäftsvertheilung". (Mot.)

Der Antrag, einen Satz mit vorstehendem Inhalt in das Gesetz aufzunehmen, wurde von der RTK. abgelehnt. Es unterliegt aber trotzdem keinem Zweifel, daß auch da, wo eine besondere landesgesetzliche Bestimmung nicht getroffen ist, der einzelne Amtsrichter innerhalb der Zuständigkeit des Amtsgerichts stets gültig handelt, ohne Rücksicht auf die vorgeschriebene Geschäftsvertheilung (RG. I S. 233 u. in Seuffert, Arch. 35 Nr. 323).

Für Preußen bestimmt § 23 des AG. z. GVG.:

„Bei den mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten werden die Geschäfte nach örtlich abgegrenzten Bezirken oder, wenn das Interesse der Rechtspflege dies erfordert, nach Gattungen oder nach Gattungen und Bezirken vertheilt. Die Vertheilung erfolgt durch das Präsidium des Landgerichts im Voraus auf die Dauer eines Geschäftsjahres nach den von dem Justizminister festgestellten Grundsätzen.

Die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters wird dadurch nicht berührt, daß die Handlung nach der Geschäftsvertheilung von einem der anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre."

4) Was die Vertretung der Amtsrichter anbelangt, so ist es selbstverständlich, daß bei den mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten der eine Amtsrichter den andern vertritt (vgl. Anm. 3), und daß das Nähere darüber von der Landesjustizverwaltung im Wege der Geschäftsvertheilung zu bestimmen ist. (A. M. Puchelt I S. 215 Anm. 5.) In Bezug auf diejenigen Amtsgerichte, bei denen nur ein Amtsrichter angestellt ist, sind die weiteren Anordnungen wegen der Vertretung den einzelnen Bundesstaaten überlassen. Vgl. auch § 10. Ein Antrag, zu verordnen, daß im Voraus ein benachbartes Amtsgericht zur Vertretung in Behinderungsfällen bestimmt werde, ist von der RTK. abgelehnt worden.

Für Preußen bestimmt wegen der Vertretung der Amtsrichter § 24 des AG. z. GVG. sowie die Allg. Verf. d. Justizmin. v. 10. Sept. 1879 (JMBl. S. 340) das Nähere. Vgl. außerdem wegen Verwaltung einer Amtsrichterstelle durch einen Gerichtsassessor § 4 d. AG. z. GVG. (s. GVG. § 10 Anm. 2).

5) Besondere Bestimmungen über den Gerichtsstand der Amtsrichter (vgl. z. B. Hann. GVG. v. 8. Nov. 1850 § 26) enthält das GVG. nicht; es entscheiden mithin die allgemeinen Vorschriften der CPO. über den Gerichtsstand. Vgl. z. B. das. §§ 36 Nr. 1, 41 Nr. 1, 42, 44 Abs. 2.

Für Preußen vgl. jedoch wegen der nicht nach den Deutschen Prozeßordnungen zu behandelnden Rechtsstreitigkeiten AG. z. GVG. § 20 Nr. 1 in Verbindung mit § 24.

§ 23.

1) Der § 23 (ähnlich N. E. § 11) führt zwei große Gruppen von Rechtsstreitigkeiten auf, die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören:

1. solche, welche der Geringfügigkeit des Streitgegenstandes halber dahin gewiesen sind,
2. solche, welche ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes aus anderen Gründen, namentlich weil sie eine rasche Entscheidung erheischen oder sich vor-

1. Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt;
2. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes:

Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;

Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im §. 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;

Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;

Streitigkeiten wegen Viehmängel;

Streitigkeiten wegen Wildschadens;

Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe;

das Aufgebotsverfahren.

Entw. § 12. **Mot.** S. 59—64. **Prot.** S. 165—181, 587—589. **Komm.-Ber.** S. 20—23. **Sten. Ber.** a. a. O. S. 222—229.

---

zugsweise zur Aburtheilung durch einen mit den lokalen Verhältnissen vertrauten Richter eignen, den Amtsgerichten übertragen sind.

Vgl. CPO. § 649 Anm. 2—4. Alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht den Amtsgerichten überwiesen sind, gehören nach § 70 Abs. 1 vor die Landgerichte.

2) Nr. 1: Die erste Gruppe begreift nur Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche in sich. Ueber den Begriff vgl. CPO. § 21 Anm. 2; über das Wesen des „Anspruchs" vgl. das. §§ 136, 137 Anm. 2.

Hinsichtlich der Festsetzung des Werths vgl. CPO. §§ 3—9.

Streitigkeiten über nicht vermögensrechtliche Ansprüche (z. B. Statusfragen) gehören, wie sich aus § 70 Abs. 1 ergiebt, stets zur Zuständigkeit der Landgerichte, auch wenn sie mit vermögensrechtlichen von nicht über 300 Mark verbunden sind (CPO. § 232 Anm. 2, Endemann I S. 80).

3) Eine Ausnahme von der ersten Gruppe bilden die in § 70 Abs. 2, 3 des GVG. aufgeführten Streitigkeiten, welche ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind bzw. zugewiesen werden können. Eine andere im Entwurfe enthaltene Ausnahme, welche die den Handelsgerichten (jetzt Kammern für Handelssachen) zugewiesenen Streitigkeiten betraf und auch für die zweite Kategorie der zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörenden Sachen Bedeutung hatte, ist von der RTK. gestrichen worden. Vgl. GVG. § 101 Anm. 3.

4) Nr. 2: In Bezug auf die zweite Gruppe vgl. Hann. Gesetz v. 31. März 1859 § 4, Preuß. Verordnungen v. 26. Juni 1866 für Schleswig u. Holstein § 15 (GS. S. 1073), für Kurhessen § 5 (GS. S. 1086), für Nassau und vormals Großh. Hess. Gebietstheile § 5 (GS. S. 1094), Bad. PO. § 9, Bayer. PO. Art. 6, Württ. PO. Art. 19 2c.

5) „Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern — eingebrachten Sachen" — Der Entwurf enthielt, entsprechend der Bayer. PO. Art. 6 Nr. 1 folgenden Satz:

„Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen in Betreff des Miethsverhältnisses, so lange dasselbe noch besteht, und Streitigkeiten, welche sich nach Auflösung des Miethsverhältnisses wegen Forderungen für das letzte Jahr oder wegen Räumung der Miethsgegenstände ergeben."

Die RTK. beschloß die jetzige, eingeschränktere Fassung, nach welcher sich die Zuständigkeit auf Streitigkeiten wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung der Räume sowie wegen Zurückhaltung der eingebrachten Sachen beschränkt, mithin namentlich Klagen auf Zahlung der Miethe oder auf bloße Entschädigung niemals umfaßt (s. auch Hellmann, Lehrb. S. 77). Dabei wird das rechtliche Bestehen oder Bestandenhaben eines Miethsverhältnisses stets vorausgesetzt; Klagen auf Räumung, bei denen der Kläger jedes Miethsverhältniß bestreitet, gehören nicht hierher (Hellmann I S. 30, 31); dafür sprechen auch die Worte des (später eingeschränkten) Entwurfs „so lange dasselbe noch besteht" und „nach Auflösung des Miethsverhältnisses". Ebensowenig gehören Streitigkeiten hierher, in welchen die Rückgewähr von vermietheten Räumen durch die Anfechtung bzw. „Resiliation" des Miethsvertrages (vgl. Code civ. art. 1741, 1729, 1752) begehrt wird, weil diese Streitigkeiten im Wesentlichen nicht die Räumung, sondern das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses überhaupt zum Gegenstande haben [Cretschmar im civ. Arch. 66 S. 222 ff. u. die in den Mittheilungen des rheinpreuß. Amtsrichter-Vereins in Cöln 1883 Nr. 6 S. 235 ff. abgedruckten Urth. der Gerichte zu Düsseldorf. A. M. d. Abhandl. das. 1884. Nr. 1 S. 3 ff. u. die Bemerkungen der Redaktion 1883 S. 253 ff. sowie RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 37; vgl. auch Wach I S. 388 Anm. 64], wohl aber die sog. Rücktrittsstreitigkeiten [vgl. L. 56, 60 D. loc. cond. (19, 2), L. 3 Cod. eod. (4, 65), Preuß. ALR. I 21 §§ 298, 361, 376, 383, 387], weil sie die Entsetzung des Miethers, nicht die Auflösung des Miethsverhältnisses zum Gegenstande haben (Cretschmar a. a. O. S. 241 ff.).

„Vermiethern und Miethern" — Auf Pachtverhältnisse findet die Bestimmung keine Anwendung, noch weniger auf andere Nutzungstitel, z. B. Prekarium. Der Begriff der Miethe im Gegensatz zur Pacht bestimmt sich selbstverständlich nach dem bürgerlichen Recht. Hiernach beantwortet sich auch die von Mehreren (Keller S. 40 Anm. 18, 19, Hauck S. 48, Hellmann I S. 30) erörterte Frage, ob auch unbebaute Räume gemeint sind.

— „und anderen Räumen" — z. B. Läden, Geschäftslokale, Stallung, Fabrikräume usw. Dagegen gehört nicht hierher eine (eingerichtete) Fabrik als solche, bei welcher nicht die Räume, sondern das ganze Anwesen als vermiethet gilt, eine Mühle u. dgl.

„Ueberlassung" — nämlich an den Miether; „Benutzung" — von Seiten des Miethers oder auch (wiewohl seltener) des Vermiethers; „Räumung" — von Seiten des Miethers. Es kommt darauf an, ob die Klage auf Ueberlassung bzw. Räumung gerichtet ist oder die Benutzung der Räume zum Gegenstande hat; ob im Wege der Einrede, z. B. um darauf Kompensationsansprüche zu gründen, derartige Verhältnisse zur Sprache kommen, ist für die Zuständigkeit gleichgültig (so auch Wilm. Levy Anm. 4, Turnau a. a. O. I S. 188, 189 u. A.).

„Zurückhaltung — Sachen" — Diese Worte sind von der RTK. hinzugefügt worden, um keinen Zweifel darüber zu lassen, daß auch Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern wegen Ausübung des Retentionsrechts zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehören. Auf Klagen wegen Zurückbringung beweglicher Sachen in die Miethsräume, auch wenn diese Klagen aus einem Pfandrecht entspringen, ist dies nicht auszudehnen (Keller S. 41 Anm. 21. A. M.: Endemann I S. 82 Anm. 2a, Turnau a. a. O. I S. 189 Anm. 3 a. E.).

Die hier aufgeführten Sachen sind nach § 202 Abs. 1 Nr. 4 sämmtlich Feriensachen.

6) „Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde — Lehrverhältnisses entstehen" — Es sind hier verschiedene Fälle der Dienstmiethe aufgeführt. (Endemann a. a. O. bezeichnet dieselben ganz zutreffend als „Arbeitsgeschäfte".)

„Dienstherrschaft und Gesinde" — Der Ausdruck „Gesinde" trifft im Gegensatz zu „Bedienstete" (vgl. § 19 Anm. 2) nur Personen, welche untergeordnete, niedere Dienste leisten

(„Dienstboten“ — CPO. § 21). Er ist partikularrechtlich meist durch Gesindeordnungen näher bestimmt [vgl. z. B. für Preußen Gesindeordn. v. 8. Nov. 1810 § 1 (GS. S. 101) usw.].

„Arbeitgebern und Arbeitern“ — Auch hierbei ist nur an niedere, körperliche Arbeiten, nicht an geistige Arbeiten gedacht. (Ein Braumeister ist z. B. nicht hierher zu zählen; vgl. OLG. Celle in Seuffert, Arch. 37 Nr. 146.)

— „die im § 108 der Gewerbeordnung (jetzt § 120a in der Fassung des Gesetzes v. 1. Juli 1883 [RGBl. S. 177]) bezeichneten Streitigkeiten“ — nämlich die im Rechtswege zu entscheidenden Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen oder Lehrlingen — nicht auch technischen Betriebsleitern (RG. in Seuffert, Arch. 40 Nr. 48), z. B. Ziegelmeistern (RG. XIII S. 58) — die sich auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses, auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben oder auf die Ertheilung oder den Inhalt der Abgangszeugnisse für Gesellen, Gehülfen oder Lehrlinge (vgl. §§ 113, 129 des angef. Gesetzes) beziehen — nicht auf selbständige Verpflichtungen, welche ein Geselle usw. neben denen aus dem Arbeitsverhältnisse gegen den Arbeitsherrn übernommen hat, wie die, eine gewisse Zeit lang nicht in einem anderen Geschäfte thätig zu sein (RG. XIII S. 341). In der RTK. ist es allgemein als selbstverständlich betrachtet worden, daß die Frage, ob eine gerichtliche Klage auf Ertheilung der gedachten Zeugnisse überhaupt gegeben sei, nach dem Civilrecht der einzelnen Bundesstaaten beurtheilt werden müsse, und daß daher der betreffende Satz in § 2 nur für diejenigen Staaten, in welchen diese Frage zu bejahen sei, Bedeutung habe (Prot. S. 177).

— „insofern — — entstehen“ — eine von der RTK. ohne hinreichend erkennbaren Grund eingeführte Beschränkung. Streitigkeiten über den Antritt des noch nicht begonnenen Dienstverhältnisses gehören ebensowenig hierher, wie solche, die erst nach Aufhebung desselben entstanden, d. h. bei Gericht anhängig geworden sind. [Vgl. auch Keller S. 42 Anm. 26, Hauck S. 48 Anm. 8, OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 38 Nr. 165. A. M. in letzterer Hinsicht: einerseits Endemann I S. 83, welcher mit besonderer Bezugnahme auf die — in der Regel allerdings erst nach Aufhebung des Dienstverhältnisses anhängig werdenden — Klagen auf Ertheilung der Zeugnisse das „Entstehen der Streitigkeiten“ nicht für gleichbedeutend mit „Anhängigwerden“ hält, selbst aber ein ziemlich unbestimmtes Merkmal in der Voraussetzung aufstellt, daß die Streitigkeit in dem betreffenden Verhältniß, solange es existirt oder existirte, seinen (rect. ihren) Entstehungsgrund haben muß“, und andererseits Wilm. Levy Anm. 5, Kleiner I S. 22, Thilo S. 50 Anm. 12, Turnau a. a. O. I S. 189, 190, Hellmann, Lehrb. S. 79, welche nur verlangen, daß die Differenz unter den Parteien während der Dauer des Dienstverhältnisses erkennbar geworden sei bzw. als solche sich herausgestellt habe, so wie Wach I S. 354, welcher darauf Gewicht legt, daß das Dienst- usw. Verhältniß zu der Zeit noch fortdauert, wo die den Streit veranlassende Thatsache eintritt.]

7) „Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen — entstanden sind“ — vgl. Bayer. PO. Art. 6 Nr. 3.

„Reisende“ sind alle auf der Reise befindlichen Personen, auch solche, welche dabei ihr Transportgewerbe ausüben oder bei solcher Ausübung thätig sind, z. B. Kutscher, Eisenbahnschaffner usw. (Keller S. 43 Anm. 31, Endemann I S. 84 u. A.). Daß die Streitigkeit während der Reise anhängig gemacht sein muß, liegt in dem Begriffe des „Reisenden“. (So auch Wilm. Levy Anm. 6, Keller S. 43 Anm. 31, Thilo S. 51 Anm. 14, Hellmann, Lehrb. S. 80, Wach I S. 355 Anm. 11. A. M. Turnau a. a. O. I S. 191 Anm. 5.)

Die Worte „Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen“ und „Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe“ sind auf Antrag des Abg. Wolffson von der RTK. hinzugefügt worden. Unter „Auswanderungsexpedienten“ sind nach der Erläuterung des Antragstellers nur diejenigen Personen, welche das Engagement

§ 24. Im Uebrigen wird die Zuständigkeit und der Geschäftskreis der Amtsgerichte durch die Vorschriften dieses Gesetzes und der Prozeßordnungen bestimmt.

Entw. § 13. Mot. S. 64. Prot. S. 181.

---

von Auswanderern für fremde Rechnung oder als Unternehmer besorgen, nicht deren — meistens im Binnenlande befindliche — Agenten gemeint.

8) „Streitigkeiten wegen Viehmängel" — nicht blos, wie nach dem Entw., die Wandelungs- und Minderungsklagen wegen Viehmängel, sondern auch Klagen, welche sich auf ein dictum promissum, auf einen dolus, auf laesio enormis usw. gründen. Auf Antrag des Abg. Gaupp ist diese Erweiterung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit von der RTK. beschlossen worden. Auch hier kommt es lediglich darauf an, ob die Klage auf einen Mangel gestützt ist. (So auch Wilm. Levy Anm. 7, Turnau a. a. O. I S. 192, 193, Wach I S. 355 Anm. 13.)

9) „Streitigkeiten wegen Wildschadens" — nicht, wie nach rheinisch-franz. Rechte, überhaupt Streitigkeiten wegen Beschädigungen, welche Menschen oder Thiere an Bodenerzeugnissen auf dem Felde verübt haben (vgl. Wach I S. 355 Anm. 14).

10) „Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe" — im weitesten Umfange, also nicht blos die Klagen der Mutter, sondern auch des unehelichen Kindes (A. M. Endemann I S. 86), nicht blos Alimentations-, sondern auch Deflorations- (Abfindungs-) Ansprüche, Ansprüche auf Tauf- und Niederkunftskosten u. dgl. (so auch Thilo S. 51, 52, Turnau a. a. O. I S. 193 Anm. 8); desgleichen Klagen auf Grund eines vom außerehelichen Vater abgegebenen Anerkenntnisses der Alimentationspflicht (nicht bloß der Vaterschaft nach rheinisch-franz. Recht — RG. XII S. 368, Planck I S. 34 Anm. 9) oder eines besonderen Versprechens von Alimenten aus außerehelichem Beischlaf (RG. VII S. 338. A. M. Wach I S. 356). Dagegen gehören nicht hierher Klagen aus dem familienrechtlichen Verhältnisse zwischen der unehelichen Mutter und dem Kinde (Wach I S. 357 Anm. 20). Vgl. CPO. § 21 Anm. 2, Nordd. Prot. S. 94.

11) — „das Aufgebotsverfahren" — vgl. CPO. § 823 Anm. 2. Die Klage, durch welche das Ausschlußurtheil angefochten wird, gehört jedoch nach § 834 Abs. 2 der CPO. vor die Landgerichte. Außerdem kann nach § 3 Abs. 3 des EG. z. GVG. die Landesgesetzgebung in Betreff derjenigen Aufgebotssachen, für welche § 11 des EG. z. CPO. ein besonderes Verfahren gestattet, das Aufgebotsverfahren den Kollegialgerichten überweisen.

12) Anträge, in § 23 unter Nr. 2 noch Besitzklagen, Rechtsstreitigkeiten über Wegegerechtigkeiten, actiones finium regundorum sowie Meß- und Marktsachen (CPO. § 30) aufzunehmen, wurden von der RTK. ebenso abgelehnt, wie umgekehrt der Vorschlag, der Zuständigkeit der Amtsgerichte dingliche, Besitz-, Grenzscheidungs- und Theilungsklagen, welche ausschließlich oder auch nur zum Theil unbewegliche Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte zum Gegenstande haben, gänzlich zu entziehen.

13) Soweit die unter Nr. 2 aufgeführten Streitigkeiten vermögensrechtliche Ansprüche (s. CPO. § 21 Anm. 2) betreffen — was mit wenigen Ausnahmen (vgl. z. B. die in § 108 der Gewerbeordnung erwähnten Streitigkeiten in Betreff der Ertheilung oder des Inhalts der Zeugnisse) der Fall — kann gleichwie bei den unter Nr. 1 bezeichneten Streitigkeiten, durch Vereinbarung der Parteien (CPO. §§ 38—40) die Zuständigkeit der Landgerichte herbeigeführt werden (vgl. auch RG. IX S. 349, Endemann I S. 87 u. A.); bezüglich des Aufgebotsverfahrens ist jedoch der Natur der Sache nach, weil es an vertragschließenden Parteien fehlt, eine solche Prorogation unmöglich.

§ 24.

1) — „dieses Gesetzes" — Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kommt nur der § 158 in Betracht.

2) — „der Prozeßordnungen" — d. h. der CPO., StrPO. u. KO. Vgl. oben S. XIX, 997 u. unten § 204 Anm. 3.

Vierter Titel. **Schöffengerichte.**

§ 25. Für die Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen werden bei den Amtsgerichten Schöffengerichte gebildet.

§ 26. Die Schöffengerichte bestehen aus dem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei Schöffen.

§ 27. Die Schöffengerichte sind zuständig:

1. für alle Uebertretungen;
2. für diejenigen Vergehen, welche nur mit Gefängniß von höchstens drei Monaten oder Geldstrafe von höchstens sechshundert Mark, allein oder neben Haft oder in Verbindung mit einander oder in Verbindung mit Einziehung bedroht sind, mit Ausnahme der im §. 320 des Strafgesetzbuchs und der im §. 74 dieses Gesetzes bezeichneten Vergehen;
3. für die nur auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen und Körperverletzungen, wenn die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht;
4. für das Vergehen des Diebstahls im Falle des §. 242 des Strafgesetzbuchs, wenn der Werth des Gestohlenen fünfundzwanzig Mark nicht übersteigt;
5. für das Vergehen der Unterschlagung im Falle des §. 246 des Strafgesetzbuchs, wenn der Werth des Unterschlagenen fünfundzwanzig Mark nicht übersteigt;
6. für das Vergehen des Betruges im Falle des §. 263 des Strafgesetzbuchs, wenn der Schaden fünfundzwanzig Mark nicht übersteigt;
7. für das Vergehen der Sachbeschädigung im Falle des §. 303 des Strafgesetzbuchs, wenn der Schaden fünfundzwanzig Mark nicht übersteigt;
8. für das Vergehen der Begünstigung und für das Vergehen der Hehlerei in den Fällen des §. 258 Nr. 1 und des §. 259 des Strafgesetzbuchs, wenn die Handlung, auf welche sich die Begünstigung oder die Hehlerei bezieht, zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehört.

Nach der CPO. sind die Amtsgerichte zuständig für die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse (§ 448), für den der Klage vorausgehenden Sühneversuch (§ 471), für den Sühneversuch in Ehesachen (§ 571), für das Entmündigungsverfahren (§§ 593, 594, 616, 617, 621, 625), das Mahnverfahren (§ 629), die Zwangsvollstreckung als Vollstreckungsgericht (§ 684), das Vertheilungsverfahren (§ 759), die Abnahme des Offenbarungseides (§ 780), die Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 799, 820). [Vgl. Planck I S. 35.]

Wegen der Beleidigungen, welche früher landesgesetzlich (z. B. nach preuß. Recht) im Wege des Civilprozesses verfolgt werden konnten, vgl. EG. z. StrPO. § 11, StrPO. §§ 414 ff., Preuß. Ges., betr. die Uebergangsbestimmungen usw., v. 31. März 1879 § 42 (GS. S. 332), Schiedsmannsordnung v. 29. März 1879 §§ 33 ff. (GS. S. 321).

3) Für Preußen wird die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Sachen, welche nicht zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehören, durch die §§ 25—32 des AG. z. GVG. bestimmt. Es gehören dahin u. A. die auf die Führung der Handels-, Genossenschafts- und Schiffs-Register bezüglichen Geschäfte, die im HGB. und in den Einf.-Gesetzen zu demselben sowie in dem Genossenschaftsgesetze v. 4. Juli 1868 den Gerichten zugewiesenen, durch die Deutschen Prozeßordnungen nicht betroffenen Angelegenheiten, alle bisher durch Einzelrichter zu erledigende Sachen, das Verlassenschaftswesen einschließlich der Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen, die Vollziehung, Beurkundung und Bestätigung von Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit einschließlich der Dispensation von Veräußerungsverboten, die Verwaltung und Beaufsichtigung von Stiftungen, soweit nicht der Justizminister die Land- oder Oberlandesgerichte damit beauftragt, die Geschäfte der Grundbuchrichter usw. Eine vollständige Aufzählung dieser Angelegenheiten, insbesondere auch der im Gebiete des rheinischen Rechts vorkommenden Abweichungen s. in den Mot. z. Entw. d. AG. z. GVG. S. 38—51. [Vgl. auch Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 18 ff., Turnau a. a. O. I S. 194 ff.]

§ 28. Ist die Zuständigkeit des Schöffengerichts durch den Werth einer Sache oder den Betrag eines Schadens bedingt und stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß der Werth oder Schaden mehr als fünfundzwanzig Mark beträgt, so hat das Gericht seine Unzuständigkeit nur dann auszusprechen, wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung geboten erscheint.

§ 29. Vor die Schöffengerichte gehören auch diejenigen Strafsachen, deren Verhandlung und Entscheidung ihnen nach den Bestimmungen des fünften Titels von den Strafkammern der Landgerichte überwiesen wird.

§ 30. Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt im vollen Umfange und mit gleichem Stimmrechte wie die Amtsrichter aus und nehmen auch an denjenigen, im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen Theil, welche in keiner Beziehung zu der Urtheilsfällung stehen, und welche auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können.

Die außerhalb der Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen werden von dem Amtsrichter erlassen.

§ 31. Das Amt eines Schöffen ist ein Ehrenamt. Dasselbe kann nur von einem Deutschen versehen werden.

§ 32. Unfähig zu dem Amte eines Schöffen sind:
1. Personen, welche die Befähigung in Folge strafgerichtlicher Verurtheilung verloren haben;
2. Personen, gegen welche das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet ist, das die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter zur Folge haben kann;
3. Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind.

§ 33. Zu dem Amte eines Schöffen sollen nicht berufen werden:
1. Personen, welche zur Zeit der Aufstellung der Urliste das dreißigste Lebensjahr noch nicht vollendet haben;
2. Personen, welche zur Zeit der Aufstellung der Urliste den Wohnsitz in der Gemeinde noch nicht zwei volle Jahre haben;
3. Personen, welche für sich oder ihre Familie Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln empfangen oder in den drei letzten Jahren, von Aufstellung der Urliste zurückgerechnet, empfangen haben;
4. Personen, welche wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen zu dem Amte nicht geeignet sind;
5. Dienstboten.

§ 34. Zu dem Amte eines Schöffen sollen ferner nicht berufen werden:
1. Minister;
2. Mitglieder der Senate der freien Hansestädte;
3. Reichsbeamte, welche jederzeit einstweilig in den Ruhestand versetzt werden können;
4. Staatsbeamte, welche auf Grund der Landesgesetze jederzeit einstweilig in den Ruhestand versetzt werden können;
5. richterliche Beamte und Beamte der Staatsanwaltschaft;
6. gerichtliche und polizeiliche Vollstreckungsbeamte;
7. Religionsdiener;
8. Volksschullehrer;
9. dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärpersonen.

Die Landesgesetze können außer den vorbezeichneten Beamten höhere Verwaltungsbeamte bezeichnen, welche zu dem Amte eines Schöffen nicht berufen werden sollen.

§ 35. Die Berufung zum Amte eines Schöffen dürfen ablehnen:
1. Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung;
2. Personen, welche im letzten Geschäftsjahre die Verpflichtung eines Geschworenen,

oder an wenigstens fünf Sitzungstagen die Verpflichtung eines Schöffen erfüllt haben;
3. Aerzte;
4. Apotheker, welche keine Gehülfen haben;
5. Personen, welche das fünfundsechzigste Lebensjahr zur Zeit der Aufstellung der Urliste vollendet haben oder dasselbe bis zum Ablaufe des Geschäftsjahres vollenden würden;
6. Personen, welche glaubhaft machen, daß sie den mit der Ausübung des Amts verbundenen Aufwand zu tragen nicht vermögen.

§ 36. Der Vorsteher einer jeden Gemeinde oder eines landesgesetzlich der Gemeinde gleichstehenden Verbandes hat alljährlich ein Verzeichniß der in der Gemeinde wohnhaften Personen, welche zu dem Schöffenamte berufen werden können, aufzustellen (Urliste).

Die Urliste ist in der Gemeinde eine Woche lang zu Jedermanns Einsicht auszulegen. Der Zeitpunkt der Auslegung ist vorher öffentlich bekannt zu machen.

§ 37. Gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Urliste kann innerhalb der einwöchigen Frist schriftlich oder zu Protokoll Einsprache erhoben werden.

§ 38. Der Gemeindevorsteher sendet die Urliste nebst den erhobenen Einsprachen und den ihm erforderlich erscheinenden Bemerkungen an den Amtsrichter des Bezirks.

Wird nach Absendung der Urliste die Berichtigung derselben erforderlich, so hat der Gemeindevorsteher hiervon dem Amtsrichter Anzeige zu machen.

§ 39. Der Amtsrichter stellt die Urlisten des Bezirks zusammen und bereitet den Beschluß über die Einsprachen gegen dieselben vor. Er hat die Beachtung der Vorschriften des §. 36 Abs. 2 zu prüfen und die Abstellung etwaiger Mängel zu veranlassen.

§ 40. Bei dem Amtsgerichte tritt alljährlich ein Ausschuß zusammen.

Der Ausschuß besteht aus dem Amtsrichter als Vorsitzenden und einem von der Landesregierung zu bestimmenden Staatsverwaltungsbeamten, sowie sieben Vertrauensmännern als Beisitzern.

Die Vertrauensmänner werden aus den Einwohnern des Amtsgerichtsbezirks gewählt.

Die Wahl erfolgt nach näherer Bestimmung der Landesgesetze durch die Vertretungen der Kreise, Aemter, Gemeinden oder dergleichen Verbände; wenn solche Vertretungen nicht vorhanden sind, durch den Amtsrichter. Letzterer hat die Vertrauensmänner vornehmlich aus den Vorstehern der vorbezeichneten Verbände zu wählen.

Zur Beschlußfähigkeit des Ausschusses genügt die Anwesenheit des Vorsitzenden, des Staatsverwaltungsbeamten und dreier Vertrauensmänner. Der Ausschuß faßt seine Beschlüsse nach der absoluten Mehrheit der Stimmen. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

§ 41. Der Ausschuß entscheidet über die gegen die Urliste erhobenen Einsprachen. Die Entscheidungen sind zu Protokoll zu vermerken. Beschwerde findet nicht statt.

§ 42. Aus der berichtigten Urliste wählt der Ausschuß für das nächste Geschäftsjahr:
1. die erforderliche Zahl von Schöffen;
2. die erforderliche Zahl derjenigen Personen, welche in der von dem Ausschusse festzusetzenden Reihenfolge an die Stelle wegfallender Schöffen treten (Hülfsschöffen). Die Wahl ist auf Personen zu richten, welche am Sitze des Amtsgerichts oder in dessen nächster Umgebung wohnen.

§ 43. Die für jedes Amtsgericht erforderliche Zahl von Hauptschöffen und Hülfsschöffen wird durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

Die Bestimmung der Zahl der Hauptschöffen erfolgt in der Art, daß voraussichtlich Jeder höchstens zu fünf ordentlichen Sitzungstagen im Jahre herangezogen wird.

§ 44. Die Namen der erwählten Hauptschöffen und Hülfsschöffen werden bei jedem Amtsgerichte in gesonderte Verzeichnisse aufgenommen (Jahreslisten).

§ 45. Die Tage der ordentlichen Sitzungen des Schöffengerichts werden für das ganze Jahr im voraus festgestellt.

Die Reihenfolge, in welcher die Hauptschöffen an den einzelnen ordentlichen Sitzungen des Jahres Theil nehmen, wird durch Ausloosung in öffentlicher Sitzung des Amtgerichts bestimmt. Das Loos zieht der Amtsrichter.

Ueber die Ausloosung wird von dem Gerichtsschreiber ein Protokoll aufgenommen.

§ 46. Der Amtsrichter setzt die Schöffen von ihrer Ausloosung und von den Sitzungstagen, an welchen sie in Thätigkeit zu treten haben, unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens in Kenntniß.

In gleicher Weise werden die im Laufe des Geschäftsjahres einzuberufenden Schöffen benachrichtigt.

§ 47. Eine Aenderung in der bestimmten Reihenfolge kann auf übereinstimmenden Antrag der betheiligten Schöffen von dem Amtsrichter bewilligt werden, sofern die in den betreffenden Sitzungen zu verhandelnden Sachen noch nicht bestimmt sind. Der Antrag und die Bewilligung sind aktenkundig zu machen.

§ 48. Wenn die Geschäfte die Anberaumung außerordentlicher Sitzungen erforderlich machen, so werden die einzuberufenden Schöffen vor dem Sitzungstage in Gemäßheit des §. 45 ausgeloost.

Erscheint dies wegen Dringlichkeit unthunlich, so erfolgt die Ausloosung durch den Amtsrichter lediglich aus der Zahl der am Sitze des Gerichts wohnenden Hülfsschöffen. Die Umstände, welche den Amtsrichter hierzu veranlaßt haben, sind aktenkundig zu machen.

§ 49. Wird zu einzelnen Sitzungen die Zuziehung anderer als der zunächst berufenen Schöffen erforderlich, so erfolgt dieselbe aus der Zahl der Hülfsschöffen nach der Reihenfolge der Jahresliste.

Würde durch die Berufung der letzteren eine Vertagung der Verhandlung oder eine erhebliche Verzögerung ihres Beginnes nothwendig, so sind die nicht am Sitze des Gerichts wohnenden Hülfsschöffen zu übergehen.

§ 50. Erstreckt sich die Dauer einer Sitzung über die Zeit hinaus, für welche der Schöffe zunächst einberufen ist, so hat er bis zur Beendigung der Sitzung seine Amtsthätigkeit fortzusetzen.

§ 51. Die Beeidigung der Schöffen erfolgt bei ihrer ersten Dienstleistung in öffentlicher Sitzung. Sie gilt für die Dauer des Geschäftsjahres.

Der Vorsitzende richtet an die zu Beeidigenden die Worte:

„Sie schwören bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, die Pflichten eines Schöffen getreulich zu erfüllen und Ihre Stimmen nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben."

Die Schöffen leisten den Eid, indem Jeder einzeln die Worte spricht:

„ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe."

Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

Ist ein Schöffe Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, so wird die Abgabe einer Erklärung unter der Betheuerungsformel dieser Religionsgesellschaft der Eidesleistung gleich geachtet.

Ueber die Beeidigung wird von dem Gerichtsschreiber ein Protokoll aufgenommen.

§ 52. Wenn die Unfähigkeit einer als Schöffe in die Jahresliste aufgenommenen Person eintritt oder bekannt wird, so ist der Name derselben von der Liste zu streichen.

Ein Schöffe, hinsichtlich dessen nach seiner Aufnahme in die Jahresliste andere Umstände eintreten oder bekannt werden, bei deren Vorhandensein eine Berufung zum Schöffenamte nicht erfolgen soll, ist zur Dienstleistung ferner nicht heranzuziehen.

Die Entscheidung erfolgt durch den Amtsrichter nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des betheiligten Schöffen.

Beschwerde findet nicht statt.

§ 53. Ablehnungsgründe sind nur zu berücksichtigen, wenn sie innerhalb einer Woche, nachdem der betheiligte Schöffe von seiner Einberufung in Kenntniß gesetzt worden ist, von demselben geltend gemacht werden. Fällt ihre Entstehung oder Bekanntwerdung in eine spätere Zeit, so ist die Frist erst von diesem Zeitpunkte zu berechnen.

Der Amtsrichter entscheidet über das Gesuch nach Anhörung der Staatsanwaltschaft. Beschwerde findet nicht statt.

§ 54. Der Amtsrichter kann einen Schöffen auf dessen Antrag wegen eingetretener Hinderungsgründe von der Dienstleistung an bestimmten Sitzungstagen entbinden.

Die Entbindung des Schöffen von der Dienstleistung kann davon abhängig gemacht werden, daß ein anderer für das Dienstjahr bestimmter Schöffe für ihn eintritt.

Der Antrag und die Bewilligung sind aktenkundig zu machen.

§ 55. Die Schöffen und die Vertrauensmänner des Ausschusses erhalten Vergütung der Reisekosten.

§ 56. Schöffen und Vertrauensmänner des Ausschusses, welche ohne genügende Entschuldigung zu den Sitzungen nicht rechtzeitig sich einfinden oder ihren Obliegenheiten in anderer Weise sich entziehen, sind zu einer Ordnungsstrafe von fünf bis zu eintausend Mark, sowie in die verursachten Kosten zu verurtheilen.

Die Verurtheilung wird durch den Amtsrichter nach Anhörung der Staatsanwaltschaft ausgesprochen. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so kann die Verurtheilung ganz oder theilweise zurückgenommen werden. Gegen die Entscheidungen findet Beschwerde von Seiten des Verurtheilten nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung statt.

§ 57. Bis zu welchem Tage die Urlisten aufzustellen und dem Amtsrichter einzureichen sind, der Ausschuß zu berufen und die Auslosung der Schöffen zu bewirken ist, wird durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

Fünfter Titel. **Landgerichte.**

§ 58. Die Landgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Direktoren und Mitgliedern besetzt.

Entw. § 46. **Mot.** S. 92. **Prot.** S. 335—347, 501, 502, 627—633. **Komm.-Ber.** S. 38—42. **Sten. Ber. II. Legisl.-Per.** 2. Sess. S. 286 ff.; 4. Sess. S. 239.

Fünfter Titel.

1) Die §§ 58—69 handeln von der Besetzung der Landgerichte und der Bildung der einzelnen Abtheilungen innerhalb derselben, die §§ 70, 71 von der Zuständigkeit der Landgerichte in Civilsachen, die §§ 71—76 von der Zuständigkeit derselben in Strafsachen.

Die Sitze und die Bezirke der Landgerichte, die Zahlen der Gerichtseingesessenen und die Namen der Richter und Staatsanwälte s. in dem Verzeichniß bei Pfafferoth, Jahrb. 1886 S. 75 ff.

2) Für Preußen vgl. AG. z. GVG. §§ 37—43, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 28 ff. Die Sitze und Bezirke der Landgerichte sind durch §§ 2, 3 des Ges. v. 4. März 1878 (GS. S. 109) bestimmt. Vgl. oben § 12 Anm. 5. Wegen Veränderung der Landgerichtsbezirke s. AG. z. GVG. § 37 Abs. 2.

§ 58.

1) Die Besetzung geschieht durch die landesgesetzlich dazu befugte Stelle, jedoch stets auf Lebenszeit (vgl. § 6 Anm. 1). Der Präsident steht dem ganzen Gerichte, die Direktoren stehen den einzelnen Kammern vor (vgl. § 61, Satz 1). Ueber besondere Befugnisse bzw. Funktionen des Präsidenten vgl. §§ 61, 63, 64, 66, 83 Abs. 2, 89 Abs. 2, 91; CPO. § 271 Abs. 2 und für Preußen AG. z. GVG. §§ 38, 41, 43, 77, 78, 80.

2) In Preußen führen nach § 8 des AG. z. GVG. die Mitglieder der Landgerichte den Amtstitel „Landrichter". Einem Theile derselben kann nach dem Allerh. Erlaß v. 11. Aug. 1879 (GS. S. 579; s. d. allg. Bem. z. Tit. 3 unter 2) durch die Ernennung zum „Landgerichtsrath" persönlich ein höherer Amtscharakter mit dem Range der Räthe vierter Klasse verliehen werden.

§ 59. Bei den Landgerichten werden Civil- und Strafkammern gebildet.

Entw. § 47. Mot. S. 92. Prot. S. 335—347, 501, 502, 627—633.

§ 60. Bei den Landgerichten sind Untersuchungsrichter nach Bedürfniß zu bestellen. Die Bestellung erfolgt durch die Landesjustizverwaltung auf die Dauer eines Geschäftsjahres.

§ 61. Den Vorsitz im Plenum führt der Präsident, den Vorsitz in den Kammern führen der Präsident und die Direktoren. Vor Beginn des Geschäftsjahres bestimmt der Präsident die Kammer, welcher er sich anschließt. Ueber die Vertheilung des Vorsitzes in den übrigen Kammern entscheiden der Präsident und die Direktoren nach Stimmenmehrheit; im Falle der Stimmengleichheit giebt die Stimme des Präsidenten den Ausschlag.

Entw. — Mot. — Prot. S. 335—347, 501—505, 616, 617, 627—633; 169. Sitzg. S. 19—23. 170. Sitzg. S. 1—4. Komm.-Ber. S. 39—41. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sess. 1876 S. 239.

---

§ 59.

Die Bildung dieser beiden Arten von Kammern bei jedem Landgerichte ist obligatorisch (vgl. auch §§ 120, 132). Wegen der Kammern für Handelssachen, welche zu den Civilkammern im weiteren Sinne gehören (vgl. § 70), s. § 100. Die einzelnen Kammern sind die eigentlichen Träger der Civil- bzw. Strafrechtspflege (vgl. Wach I S. 324 Anm. 2).

Die Zahl der Civil- und der Strafkammern für jedes einzelne Landgericht zu bestimmen, bleibt den einzelnen Bundesstaaten überlassen. Vgl. für Preußen d. Allg. Verfügungen d. Just.-Min. v. 28. Juli 1879 §§ 2—5 (JMBl. S. 209), v. 16. Nov. 1879 § 2 (JMBl. S. 454) u. v. 25. Sept. 1880 (JMBl. S. 221).

§§ 61—69.

Die §§ 61—69 sind von der RTK. auf Anregung des Abg. Lasker eingeschaltet und in der Gestalt, welche sie dort durch die — in vielen Punkten von den Beschlüssen erster und zweiter Lesung abweichenden — Beschlüsse dritter Lesung erhielten, vom Reichstage und vom Bundesrathe mit unerheblichen Modifikationen angenommen worden. Der Entwurf enthielt über die in diesen Paragraphen geregelten Materien keinerlei Bestimmungen; nach den Mot. (S. 92) sollte es „der Justizhoheit des Staats, welcher das Landgericht einrichtet, überlassen bleiben, die näheren Grundsätze über die Bildung der Kammern und die Vertheilung der Mitglieder des Gerichts in denselben festzustellen, insbesondere darüber Bestimmung zu treffen, ob die Mitglieder für längere oder kürzere Perioden dieser oder jener Kammer zuzutheilen sind, wer die Zutheilung vorzunehmen hat, ob ein Mitglied mehreren Kammern angehören kann, ob die Anstellung besonderer Direktoren erforderlich ist, in welcher Weise Vertretungen zu ordnen sind." Zweck der Einschaltung ist nun gewesen, diesem freien Schalten des Landesrechts entgegenzutreten, insbesondere im Interesse der Unabhängigkeit der Rechtspflege zu verhüten, daß nach dem Landesrecht die Zusammensetzung der einzelnen Kammern, die Uebertragung des Vorsitzes in denselben, die Zuweisung der Geschäfte an dieselben, die Zuziehung von Hülfsrichtern dem Belieben der Justizverwaltung überlassen werde, in allen diesen Richtungen vielmehr reichsgesetzlich gewisse Regeln zu geben, innerhalb welcher für die Bedürfnisse der einzelnen Landesjustizverwaltungen ein genügender Spielraum offen bleibe.

§ 61.

1) Der § 61 erhielt seine gegenwärtige Fassung auf Antrag des Abg. Gneist durch einen in dritter Lesung gefaßten Beschluß der RTK.

2) Nach dem Inhalt des § 61 ist es erforderlich, daß — abgesehen von Behinderungsfällen (§ 65) — jede Kammer entweder den Präsidenten oder einen Direktor zum Vorsitzenden hat; das (z. B. in Preußen früher übliche) Institut der Abtheilungsdirigenten bzw. Deputationsvorsitzenden, d. h. der mit dem Vorsitze beauftragten Mitglieder, ist nicht mehr zulässig, da

§ 62. Vor Beginn des Geschäftsjahres werden auf die Dauer desselben die Geschäfte unter die Kammern derselben Art vertheilt und die ständigen Mitglieder der einzelnen Kammern sowie für den Fall ihrer Verhinderung die regelmäßigen

---

die anfänglich beschlossene Bestimmung, daß auch ein von der Landesjustizverwaltung ständig zum Vorsitzenden berufenes Mitglied des Gerichts den Vorsitz in den Kammern führen könne, in zweiter Lesung gestrichen worden ist (Prot. S. 627, 633). [So auch Hauck S. 100, Wilm. Levy Anm. 2. A. M. Westerburg in Gruchot, Beitr. XXIX S. 812 ff., gegen welchen nicht bloß die Verhandlungen der RTK., sondern auch der klare und bestimmte Wortlaut des Gesetzes „führt" und ein arg. e contr. aus den §§ 78 Abs. 2 u. 109 Abs. 1 spricht. Die Hinzufügung des Worts „nur" in den § 61 Satz 1 würde gegen die einfachsten Regeln der Redaktion verstoßen haben. Die praktische Schwierigkeit der Durchführung der Vorschrift des § 61 Satz 1 kann nur dazu führen, daß der Vorsitzende sich gemäß § 65 Abs. 1 häufig vertreten läßt.]

3) — „im Plenum" — Das Plenum des Landgerichts (sowie des Oberlandesgerichts) wird sonst weder in dem GVG. noch in den Prozeßordnungen erwähnt und hat keinerlei prozessualische Bedeutung. Dagegen kann es für die nach dem Landesrecht sich bestimmenden Justizverwaltungs- und sonstigen Geschäfte (z. B. Disziplinarsachen) eine erhebliche Bedeutung gewinnen.

4) „Vor Beginn des Geschäftsjahres" — Der Beginn desselben ist reichsgesetzlich nicht festgestellt und richtet sich mithin nach dem Landesrecht. Indessen fällt in allen Bundesstaaten das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammen (s. Pfafferoth, Jahrb. S. 4). Wegen Preußen vgl. Allg. Verf. v. 28. Juli 1879 § 1 (JMBl. S. 209, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 552). Wegen des Reichsgerichts s. Geschäftsordn. v. 8. April 1880 § 25 (vgl. unten § 141).

5) — „welcher er sich anschließt" — d. h. der Präsident wählt zunächst die Kammer, in welcher er selbst den Vorsitz führen will; nicht aber kann er sich den übrigen Kammern als einfaches Mitglied anschließen; die Vertheilung der ständigen Mitglieder der Kammern erfolgt vielmehr lediglich nach Maßgabe des § 62, wobei nur an die Richter mit Ausschluß des Präsidenten und der Direktoren gedacht ist. (A. M. bezüglich des Präsidenten Turnau a. a. O. I S. 325 Anm. 6.)

6) — „entscheiden der Präsident und die Direktoren" — Das älteste Mitglied (§ 63 Abs. 2) wirkt bei Vertheilung des Vorsitzes nicht mit.

7) Die gleichzeitige Uebertragung des Vorsitzes in mehreren Kammern an den Präsidenten oder einen Direktor ist nicht ausgeschlossen, da eine ausdrückliche Vorschrift nicht entgegensteht und die Verhandlungen der RTK. auf eine dahin gehende Absicht nicht schließen lassen. Der Gebrauch der Einzahl „die Kammer" im zweiten Satze beweist nichts, weil hierbei nur an den regelmäßigen Fall gedacht ist, und ebensowenig läßt sich aus § 62 Abs. 1 Satz 2 ein arg. e contrario entnehmen. (So auch Endemann I S. 91, Wilm. Levy Anm. 3, Turnau a. a. O. I S. 325 Anm. 5, Preuß. Allg. Verf. v. 28. Juli 1879 § 3. A. M.: Hauck S. 99 ff., Laband, Staatsrecht d. D. Reichs III 2 S. 88 Anm. 3.) Dagegen ist die Ernennung zweier Direktoren für eine Kammer oder eines Direktors neben dem Präsidenten für dieselbe Kammer unzuläßig, wie sich schon aus § 65 ergiebt.

8) Ist die Präsidenten- oder eine Direktor-Stelle zur Zeit einer Vertheilung des Vorsitzes unbesetzt, so erfolgt die Bestimmung darüber, in welcher Kammer weder der Präsident noch einer der Direktoren den Vorsitz führen soll, gleichfalls nach Maßgabe des § 61; in dieser Kammer führt alsdann das älteste Mitglied in Gemäßheit des § 65 den Vorsitz. (Wenn Hauck S. 101 bemerkt, die Landesjustizverwaltung habe die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß zur Zeit der Vertheilung alle Präsidenten- und Direktoren-Stellen besetzt seien, so ist das an sich nicht unrichtig, aber nicht immer durchführbar.)

Vertreter bestimmt. Jeder Richter kann zum Mitgliede mehrerer Kammern bestimmt werden.

Die getroffene Anordnung kann im Laufe des Geschäftsjahres nur geändert werden, wenn dies wegen eingetretener Ueberlastung einer Kammer oder in Folge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird.

Entw. — Mot. — Prot. S. 335—347, 501—505, 616, 617, 627—638; 169. Sitzg. S. 19—23, 170. Sitzg. S. 1—4. Komm.=Ber. S. 39—41. Sten. Ber. 4. Seff. S. 239.

§ 62.

1) Der § 62 wurde in seiner jetzigen Gestalt in dritter Lesung der RTK. auf Vorschlag des Abg. Struckmann angenommen. Der Abs. 1 stellt die Regel auf, daß sowohl die Vertheilung der Geschäfte wie des Personals unter die einzelnen Kammern auf die Dauer des Geschäftsjahres erfolgen soll; der Abs. 2 bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen von dieser Regel ausnahmsweise abgewichen werden darf. — Vorschläge auf Festsetzung näherer Normen, nach denen die Vertheilung der Geschäfte bzw. des Personals zu erfolgen habe (z. B. Vertheilung der Geschäfte nach Buchstaben, der Mitglieder nach einem Turnus usw.), wurden von der RTK. verworfen. Das Präsidium hat somit in diesen Beziehungen völlig freie Hand. Auch ist nicht vorgeschrieben, die Mitglieder vorher nach ihren Wünschen zu befragen. [Die Beachtung gewisser Gesichtspunkte wird vom Preuß. Justizminister in der Verf. v. 12. Okt. 1882 (JMBl. S. 3066) empfohlen.]

Hinsichtlich der ersten Einrichtung und des ersten Geschäftsjahres vgl. EG. z. GVG. § 20 Abs. 1, Preuß. Allg. Verf. v. 28. Juli 1879 §§ 2—5 (JMBl. S. 209).

2) Abs. 1: „Vor Beginn des Geschäftsjahres" — vgl. § 61 Anm. 4.

„Kammern derselben Art" — d. h. Civil- bzw. Strafkammern. Die Vertheilung der Geschäfte zwischen Civilkammern einerseits und Strafkammern andererseits ergiebt sich auf Grund der Prozeßordnungen von selbst.

— „der einzelnen Kammern" — d. h. der Civil- und der Strafkammern.

3) Die „ständigen Mitglieder der einzelnen Kammern" sind nicht gleichbedeutend mit den ständigen Mitgliedern des Gerichts, sondern bilden den Gegensatz zu den „regelmäßigen Vertretern", zu welchen sowohl ständige Mitglieder des Gerichts als die in § 69 erwähnten, demselben Gerichte nicht angehörenden Vertreter gehören können. (A. M. in letzterer Hinsicht Turnau a. a. O. I S. 331 Anm. 9.) Ständige Mitglieder können in größerer Anzahl, als zur Besetzung im einzelnen Falle gehört (§§ 77), für eine einzelne Kammer bestimmt werden. Für den unter denselben alsdann nothwendig eintretenden Wechsel in den Sitzungen der einzelnen Kammer sind allgemeine Vorschriften nicht gegeben. Eine desfallsige Festsetzung seitens des Präsidiums ist daher nicht erforderlich. (So auch Turnau a. a. O. I S. 330 Anm. 7; vgl. Verfügung d. Präsidiums d. Reichsgerichts in Annalen d. RG. Bd. 3 S. 128. A. M.: Keller S. 83 Anm. 4, Wilm. Levy Anm. 1.)

Die regelmäßigen Vertreter sind zwar als Vertreter der einzelnen Mitglieder gedacht (vgl. § 66), können aber zugleich als Vertreter mehrerer oder auch aller Mitglieder einer Kammer bestellt werden. (Uebereinstimmend Thilo S. 99 Anm. 3, Turnau a. a. O. I S. 332 Anm. 10; vgl. auch Keller S. 84 Anm. 5, Hauck S. 105.)

4) — „mehrerer Kammern" — also auch einer Civil- und einer Strafkammer.

5) Mehrere Kammern derselben Art (mehrere Civilkammern oder mehrere Strafkammern) stehen zu einander nicht im Verhältnisse verschiedener Gerichte. Auf die Behauptung, daß nach der vorgenommenen Geschäftsvertheilung eine Sache von einer andern Kammer derselben Art hätte entschieden werden müssen, kann daher niemals die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts gegründet werden. Dagegen kann darauf an sich eine Revision wegen Verletzung des § 62 des GVG. gestützt werden; das Revisionsgericht wird indessen nach den Umständen des Falls zu

§ 63. Die im vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erfolgen durch das Präsidium.

Das Präsidium wird durch den Präsidenten als Vorsitzenden, die Direktoren und das dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter das der Geburt nach älteste Mitglied gebildet. Das Präsidium entscheidet nach Stimmenmehrheit; im Falle der Stimmengleichheit giebt die Stimme des Präsidenten den Ausschlag.

Entw. — Mot. — Prot. S. 335–347, 501–505, 616, 617, 627–638; 169. Sitzg. S. 19–23, 170. Sitzg. S. 1–4. Komm.-Ber. S. 39–41. Sten. Ber. 4. Sess. S. 239.

§ 64. Der Präsident kann bestimmen, daß einzelne Untersuchungen von dem Untersuchungsrichter, dessen Bestellung mit dem Ablaufe des Geschäftsjahres erlischt, zu Ende geführt werden, sowie daß in einzelnen Sachen, in welchen während des Geschäftsjahres eine Verhandlung bereits stattgefunden hat, die

---

prüfen haben, ob die Entscheidung auf dieser Gesetzesverletzung wirklich beruhe (s. CPO. § 511 Anm. 8). Vgl. §§ 67, 103 ff.

6) Abs. 2: — „im Laufe des Geschäftsjahres" — bildet den Gegensatz zu „Vor Beginn des Geschäftsjahres" im Abs. 1.

Eine eingetretene Ueberlastung kann nicht blos eine andere Vertheilung der Geschäfte, sondern auch eine andere Vertheilung des Personals und umgekehrt ein Wechsel oder eine dauernde Verhinderung einzelner Gerichtsmitglieder nicht blos eine andere Vertheilung der Mitglieder, sondern auch der Geschäfte zur Folge haben. Die Beschlüsse erster und zweiter Lesung, nach welchen in dieser Beziehung ein Unterschied gemacht wurde, sind gerade zum Zwecke der Beseitigung dieses Unterschiedes von der RTK. durch die jetzige Fassung des Abs. 2 ersetzt worden. Die im Laufe des Geschäftsjahres neu ernannten Mitglieder treten nicht ohne Weiteres an die Stelle ihrer Vorgänger in den Kammern, sondern müssen durch das Präsidium einer Kammer nach § 62 zugetheilt werden.

7) Wegen der nicht ständigen Richter (Gerichtsassessoren) s. § 69 und Preuß. AG. z. GVG. § 5.

8) Wegen der Folgen der Verletzung der Vorschriften des § 62 s. CPO. § 513 Anm. 2.

§ 63.

1) Der § 63 bestimmt das Organ, welches die im vorigen Paragraphen — sowohl im Abs. 1 wie im Abs. 2 — bezeichneten Anordnungen zu treffen hat. Die Gestaltung dieses Organs führte in der RTK. in allen drei Lesungen zu lebhaften Debatten; die schließlich angenommene Regelung beruht im Wesentlichen auf Anträgen des Abg. Struckmann in zweiter und des Abg. Marquardsen in dritter Lesung.

2) „Präsidium" — ist die technische Bezeichnung für das durch den Präsidenten als Vorsitzenden, die Direktoren und das älteste Gerichtsmitglied gebildete Kollegium; der Präsident und die Direktoren allein werden niemals „Präsidium" genannt (vgl. § 61). Welches Mitglied das dem Dienstalter nach älteste ist (ob beispielsweise das zuerst als Richter überhaupt oder das zuerst bei dem Landgericht angestellte), bestimmt sich nach den in den einzelnen Bundesstaaten bestehenden Vorschriften. Vgl. oben § 7 Anm. 5.

3) Unter „Stimmenmehrheit" wird hier, obwohl es nicht, wie in § 198 Abs. 1, ausdrücklich gesagt ist, eine absolute Mehrheit zu verstehen sein (vgl. auch CPO. § 864). Eine Lösung für den Fall, daß solche nicht erreicht wird, ist jedoch — abgesehen vom Falle der Stimmengleichheit — nicht vorgesehen. Ein Ersatz der fehlenden Mitglieder des Präsidiums durch Stellvertreter ist, abgesehen von § 65 Abs. 2, nicht angeordnet (vgl. Turnau a. a. O. I S. 334 Anm. 3).

„Stimmengleichheit" — gleichviel, ob dieselbe daher rührt, daß das Präsidium aus einer geraden Zahl von Personen besteht, oder daher, daß von dem aus einer ungeraden Zahl bestehenden Präsidium im einzelnen Falle ein oder mehrere Mitglieder fehlen.

Kammer in ihrer früheren Zusammensetzung auch nach Ablauf des Geschäftsjahres verhandle und entscheide.

Entw. — Mot. — Prot. S. 502, 505, 617, 638–640.

§ 65. Im Falle der Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden führt den Vorsitz in der Kammer dasjenige Mitglied der Kammer, welches dem Dienstalter nach und bei gleichem Dienstalter der Geburt nach das älteste ist.

Der Präsident wird in seinen übrigen durch dieses Gesetz bestimmten Geschäften durch denjenigen Direktor vertreten, welcher dem Dienstalter nach und bei gleichem Dienstalter der Geburt nach der älteste ist.

Entw. — Mot. — Prot. S. 335–347, 501–505, 640, 641.

§ 66. Im Falle der Verhinderung des regelmäßigen Vertreters eines Mitgliedes wird ein zeitweiliger Vertreter durch den Präsidenten bestimmt.

Entw. — Mot. — Prot. S. 336, 347, 501–505.

---

§ 64.

1) Dieser Paragraph enthält im Interesse der Geschäftserleichterung eine Ausnahme von der Regel des § 62 Abs. 1.

2) — „eine Verhandlung bereits stattgefunden hat“ — Es genügt nicht, wie nach den Beschlüssen erster Lesung, daß eine Verhandlung bereits anberaumt war.

3) — „in ihrer früheren Zusammensetzung“ — die ganze Zusammensetzung muß dieselbe sein wie früher; es ist nicht zulässig, wenn in Bezug auf mehrere Mitglieder ein Wechsel stattgefunden hat, nur ein einzelnes Mitglied in dem neuen Geschäftsjahre zuzuziehen.

§ 65.

1) Abs. 2: „Mitglied der Kammer — älteste ist“ — Hierunter ist das älteste ständige Mitglied, nicht auch ein lediglich als Stellvertreter eingetretenes Mitglied zu verstehen (RG. i. StrS. I S. 238, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 414). Ist auch dieses Mitglied verhindert, so hat selbstverständlich das nächstälteste Mitglied der Kammer den Vorsitz zu übernehmen (A. M. Turnau a. a. O. Anm. 3).

— „dem Dienstalter nach“ — vgl. § 63 Anm. 2.

Tritt die Verhinderung im Laufe einer Verhandlung ein, und ist ein Ergänzungsrichter zugezogen (§ 194 Abs. 2), so kommt es nicht darauf an, ob der nächstälteste Richter durch ein anderes Mitglied derselben Kammer, welches aber an der Verhandlung nicht theilgenommen hat, im Dienst- event. Lebensalter übertroffen wird (s. Löwe a. a. O. S. 68 Anm. 2. A. M. Turnau a. a. O. I S. 338 Anm. 6).

2) Abs. 2: — „in seinen übrigen durch dieses Gesetz bestimmten Geschäften“ — z. B. dem Vorsitz im Plenum (§ 61), der Bestimmung der richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts (§ 83 Abs. 2) usw. Die Worte „durch dieses Gesetz“ sind eingeschaltet, weil hier bezüglich der Vertretung in solchen Geschäften, welche dem Präsidenten auf Grund anderer Gesetze oder Verordnungen, z. B. Vormundschaftsordnungen, Disziplinargesetze 2c., übertragen sind, nichts hat bestimmt werden sollen (Prot. S. 640, 641). Wegen der Vertretung in diesen Geschäften s. für Preußen Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 686, Vierhaus in Gruchot, Beitr. XXVII S. 670.

§ 66.

1) — „des regelmäßigen Vertreters“ — vgl. §§ 62, 65.

2) — „eines Mitgliedes“ — hier im weiteren Sinne mit Einschluß des Vorsitzenden (vgl. §§ 77, 124, 140), indem § 66 seiner Stellung und seinem Zwecke nach nicht bloß zur Ergänzung des § 62, sondern auch des § 65 dient [so auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 266. A. M.: Turnau a. a. O. I S. 337 Anm. 4, 339 Anm. 2, Wilm. Levy S. 1148].

Auch der „zeitweilige Vertreter“ kann aus den ständigen Mitgliedern des Gerichts oder

§ 67. Die Bestimmungen der §§. 61—66 finden auf die Kammern für Handelssachen keine Anwendung.

Entw. — Mot. — Prot. S. 641.

§ 68. Innerhalb der Kammer vertheilt der Vorsitzende die Geschäfte auf die Mitglieder.

Entw. — Mot. — Prot. S. 336, 346, 347, 502, 505—509, 617, 641—643; 170. Sitzg. S. 5—7.

§ 69. Soweit die Vertretung eines Mitgliedes nicht durch ein Mitglied desselben Gerichts möglich ist, erfolgt die Anordnung derselben auf den Antrag des Präsidiums durch die Landesjustizverwaltung.

Die Beiordnung eines nicht ständigen Richters darf, wenn sie auf eine be-

---

aus den in § 69 bezeichneten Vertretern genommen werden. Ob der Verhinderungsfall begründet war, und ob die Einberufung des Vertreters der festgestellten Reihenfolge entsprach, bildet nicht Gegenstand der Prüfung des erkennenden Gerichts und der Revisionsinstanz (Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 726, II S. 173, 338, RG. i. StrS. II S. 51, 195, 311, III S. 9, 241, Turnau a. a. O. I S. 340 Anm. 4. Theilweise abweichend John, Strafprozeßordnung I S. 291 ff.).

§ 67.

1) In Bezug auf die Kammern für Handelssachen (vgl. den siebenten Titel) sind über die in den §§ 61—66 geregelten Gegenstände die erforderlichen Bestimmungen von den einzelnen Bundesstaaten zu treffen.

2) Für Preußen bestimmt das AG. z. GVG. § 46.

„Die Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen werden mindestens auf die Dauer eines Geschäftsjahres durch den Justizminister bestimmt."

Durch § 4 d. Allg. Verf. d. Just.-Min., betr. die Errichtung der Kammern für Handelssachen, v. 26. Juli 1879 (JMBl. S. 210) ist die Ernennung dem Präsidenten des Landgerichts delegirt. [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 33, 555 und über die Zulässigkeit dieser Delegation: Küntzel in Gruchot, Beitr. XXIV S. 612 u. Turnau a. a. O. I S. 487.]

§ 68.

1) Der § 68 bezieht sich nur auf diejenigen Geschäfte, welche nach den Prozeßordnungen von den beisitzenden Richtern zu erledigen sind (z. B. Berichterstattung, Abfassung der Urtheile, Beweisaufnahme usw.).

2) Anträge, wonach dem Vorsitzenden auch die Befugniß zustehen sollte, die Leitung der Verhandlung für einzelne Sachen den Gerichtsmitgliedern zu übertragen, wurde von der RTK. zwar anfänglich angenommen, später indessen abgelehnt (vgl. CPO. § 130 Anm. 7), nachdem sich die Vertreter der Regierung entschieden gegen dieselben erklärt hatten. Nach dem Gange der Verhandlungen in der RTK., namentlich da auch Vorschläge, nach welchen durch die Geschäftsordnung des Gerichts oder durch die Landesjustizverwaltung sollte zugelassen werden können, daß der Vorsitzende die Leitung der Verhandlung für einzelne Sachen den Gerichtsmitgliedern übertrage, verworfen wurden, ist anzunehmen, daß die Mehrheit der RTK. im Einverständisse mit dem Bundesrathe davon ausging, daß eine Uebertragung der Leitung der ganzen Verhandlung auf ein Gerichtsmitglied überhaupt unzulässig sei. Eine derartige Uebertragung kann daher auch nicht durch Landesrecht in irgend welcher Form eingeführt werden. (Ebenso Keller S. 82 Anm. 3, Thilo S. 104, Gaupp I S. 375, Sarwey I S. 218, v. Bülow § 127 Anm. 3, Turnau a. a. O. I S. 341 u. A. A. M. Endemann I S. 467.) Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß der Vorsitzende einzelne Befugnisse (z. B. die Ausübung des Fragerechts, die Vernehmung von Zeugen 2c.) einem der Beisitzer überträgt (Prot. z. CPO. S. 52, 53, 137, CPO. § 361 Anm., Erklärung d. Reg.-Kommiss. in d. 170. Sitzg. S. 5).

stimmte Zeit erfolgte, vor Ablauf dieser Zeit, wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgte, so lange das Bedürfniß, durch welches sie veranlaßt wurde, fortdauert, nicht widerrufen werden. Ist mit der Vertretung eine Entschädigung verbunden, so ist diese für die ganze Dauer im voraus festzustellen.

Unberührt bleiben diejenigen landesgesetzlichen Bestimmungen, nach welchen richterliche Geschäfte nur von ständig angestellten Richtern wahrgenommen werden können, sowie diejenigen, welche die Vertretung durch ständig angestellte Richter regeln.

Entw. — Mot. — Prot. S. 336, 347—349, 502, 505, 617, 644—651; 170. Sitzg. S. 7—9. Sten. Ber. a. a. O. S. 239—248, 895—902.

---

§ 69.

1) Der § 69 beruht auf einem von der RTK. ungeachtet des Widerspruchs der Regierungen in allen Lesungen angenommenen Antrage des Abg. Lasker, erhielt aber seine jetzige Fassung durch einen vom Reichstage in dritter Lesung angenommenen Verbesserungsantrag der Abg. Miquél und Gen. in Verbindung mit einem Unterantrage des Abg. Hänel. Der Zweck des Paragraphen ist, Sorge dafür zu tragen, daß die Vertretung der Mitglieder der Landgerichte durch Personen, welche nicht ständig angestellte Richter sind (Gerichtsassessoren), möglichst eingeschränkt, und daß für die Dauer der Vertretung die Unabhängigkeit dieser Personen möglichst gesichert werde.

2) Die Anwendbarkeit des § 69 beschränkt sich auf die Landgerichte. Für die Oberlandesgerichte enthält § 122, für das Reichsgericht § 134 die entsprechende Bestimmung. Für die Amtsgerichte sind keinerlei Bestimmungen über die Vertretung gegeben. Vgl. § 10 Anm. 1, 2.

3) Der Abs. 1 enthält den doppelten Grundsatz, daß die Vertretung eines Mitgliedes des Landgerichts in der Regel durch Mitglieder desselben Gerichts erfolgen soll — selbstverständlich nach Maßgabe der §§ 62, 66 — und daß, wo eine Vertretung durch eine nicht demselben Gerichte angehörende Person erforderlich wird, die Anordnung der Vertretung zwar Sache der Landesjustizverwaltung (§ 8 Anm. 14) ist, diese jedoch nur auf Antrag des Präsidiums thätig werden kann. Ohne einen derartigen Antrag darf daher weder ein ständig angestellter noch ein nicht ständiger Richter zur Vertretung an ein Landgericht gesandt werden. Hinsichtlich der ständig angestellten Richter, z. B. der Amtsrichter des Landgerichtsbezirks, gilt dieses jedoch nach dem Schlußworte des Abs. 3 [„sowie — — regeln"; vgl. auch die Aeußerungen des Abg. Grimm in der RTK. (Prot. S. 649) und des Abg. Lasker im Plenum des Reichstags (Sten. Ber. a. a. O. S. 895)] nur insoweit, als nicht Landesgesetze (z. B. Preuß. AG. z. GVG. § 38 Abs. 2 — s. unten Anm. 8, Mecklenb. Verordn. v. 17. Mai 1879 § 18) ein Anderes bestimmen. (So auch Wilm. Levy Anm. 12, Turnau a. a. O. I S. 346 Anm. 7. A. M. Hauck S. 107.)

Der Ausdruck „Vertretung" umfaßt nicht nur die vollständige Stellvertretung, sondern auch die Vertretung in einzelnen Geschäften, mithin die bloße Hülfeleistung (z. B. wegen Geschäftsüberhäufung), dagegen nicht die unselbständige Beschäftigung (vgl. Mot. zu § 3 d. Preuß. AG.). Es geht dieses schon aus der gleichen Bedeutung des Worts „Vertreter" in den §§ 62, 66 hervor und entspricht allein dem Zwecke des § 69.

Die Vertretung eines Mitgliedes durch einen der Kammer nicht zugetheilten Richter, welcher freiwillig und ohne Mitwirkung der hierfür gesetzlich bestimmten Organe die Justizverwaltung übernommen hat, verstößt gegen die Grundsätze der §§ 62—69 und kann auch von der Landesgesetzgebung (vgl. Abs. 3) nicht gutgeheißen werden (Rechtspr. d. RG. i. StrS. VII S. 41).

Ueber das „Präsidium", welches auf Vorschlag des Abg. Hänel an die Stelle des in dem Antrage Miquél enthaltenen „Präsidenten" gesetzt ist, vgl. § 63 Abs. 2.

4) Der Abs. 2 bezieht sich — wie durch die jetzige Fassung völlig klargestellt ist (Sten. Ber. S. 895) — nicht auf die Vertretung durch ständig angestellte Richter.

Der Ausdruck „Beiordnung“ (zum Landgerichte) bedeutet nur Beiordnung zur „Vertretung“, wie schon daraus sich ergiebt, daß im zweiten Satze des Abs. 2, welcher nur einen besonderen Fall der Beiordnung eines nicht ständigen Richters regelt, wieder der Ausdruck „Vertretung“ gebraucht ist. Vgl. § 5 des Preuß. AG. (Bestellung als Hülfsrichter), Rechtspr. d. RG. i. StrS. III S. 68, Turnau a. a. O. I S. 347 Anm. 8.

Durch Abs. 2 wird nicht ausgeschlossen, daß ein Gerichtsassessor einem Landgerichte lediglich zu seiner ferneren Ausbildung zugewiesen wird. Er hat alsdann nicht die Rechte eines Hülfsrichters. (Vgl. auch Keller S. 84 Anm. 9, S. 90 Anm. 10.) Für Preußen vgl. in dieser Hinsicht AG. z. GVG. § 3 (s. oben § 10 Anm. 2).

5) Ob die Beiordnung auf bestimmte Zeit oder für die Dauer des Bedürfnisses, durch welche sie veranlaßt wird (z. B. Krankheit eines Mitgliedes, Abwesenheit im Landtage usw.), erfolgen soll, hängt nicht vom Antrage des Präsidiums, sondern lediglich vom Ermessen der Landesjustizverwaltung ab. Ob bei dem Antrage des Präsidiums oder bei der Abordnung der Landesjustizverwaltung noch andere Motive als die Annahme eines Bedürfnisses mitgewirkt haben, ist für die Legalität des Verfahrens gleichgültig, und ob das Bedürfniß einer Beiordnung wirklich vorhanden, unterliegt nicht der Prüfung der Revisionsinstanz (RG. i. StrS. III S. 232, 233, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 508). — Mit Zustimmung des betreffenden nicht ständigen Richters kann, wie allseitig in der RTK. anerkannt wurde und zudem aus der jetzigen Fassung („darf — nicht widerrufen werden“) deutlicher hervorgeht, als aus der früheren („ist unwiderruflich“), die Beiordnung auch vorher widerrufen werden.

6) Die Frage, ob für derartige Vertretungen eine Entschädigung überhaupt zu gewähren sei, bestimmt sich nach Landesrecht (so auch Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 80). Wird aber eine solche — sei es auf Grund gesetzlicher Vorschrift oder freiwilliger Bewilligung von Seiten der Justizverwaltung — gewährt, so soll sie im voraus und für die ganze Dauer der Beiordnung gewährt werden. Dadurch ist selbstverständlich, wie auch in der RTK. konstatirt wurde, nicht ausgeschlossen, daß dem Vertreter vor Ablauf der Vertretung ein etatsmäßiges Gehalt oder eine inzwischen eintretende allgemeine Erhöhung der Diäten zu Gute kommen kann (Prot. S. 644, 649).

7) Auch der nicht ständige Richter, welcher einem Landgerichte beigeordnet ist, muß, wie schon der Ausdruck „Richter“ ergiebt, die Fähigkeit zum Richteramte besitzen (Keller S. 88 Anm. 3). Derselbe muß in Gemäßheit des § 62 einer Kammer (als regelmäßiger Vertreter) zugetheilt und kann nicht — abgesehen von den Fällen des § 66 — vom Präsidenten, geschweige denn von der Landesjustizverwaltung, beliebig bald hier bald dort, nach Bedürfniß oder Willkür zur Mitwirkung bei Entscheidungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (oder Strafsachen) verwendet werden (Erklärung des Abg. Lasker in den Sten. Ber. S. 898 und des Staatsministers Leonhardt S. 900).

8) Nach dem ersten, auf Antrag des Abg. Marquardsen von der RTK. beschlossenen Theile des Abs. 3 bleiben landesgesetzliche Einrichtungen (wie z. B. in Bayern und Baden) bestehen, nach welchen nicht ständige Richter überhaupt nicht zur Aushülfe bei Kollegialgerichten herangezogen werden können. Der zweite Theil („sowie diejenigen“ ꝛc.) ist vom Reichstage auf Antrag des Abg. Miquél beigefügt worden, um klar zu stellen, daß der Abs. 2 auf die Vertretung durch ständig angestellte Richter sich nicht bezieht und auch der Abs. 1 nur insoweit als landesgesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen (vgl. Anm. 3).

Für Preußen verordnet in letzterer Beziehung wegen der Vertretung durch Amtsrichter § 38 des AG. z. GVG.:

„Die Amtsrichter sind verpflichtet, bei dem Landgerichte, in dessen Bezirk sie angestellt sind, die Vertretung eines Richters für einzelne Sitzungen oder Geschäfte zu übernehmen.

Die Einberufung der Vertreter erfolgt durch den Präsidenten des Landgerichts nach

§ 70. Vor die Civilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.

Die Landgerichte sind ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig:

1. für die Ansprüche, welche auf Grund des Gesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei oder auf Grund des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 gegen den Reichsfiskus erhoben werden;
2. für die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen.

Der Landesgesetzgebung bleibt überlassen, Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse, Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wegen Verschuldung von Staatsbeamten und wegen Aufhebung von Privilegien, Ansprüche gegen Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen, sowie Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuzuweisen.

Entw. § 50. Mot. S. 93–95. Prot. S. 360, 361, 617–620.

---

einer jährlich vor Beginn des Geschäftsjahres durch das Präsidium des Landgerichts festzusetzenden Reihenfolge.

Für Einberufungen, welche während der Gerichtsferien erfolgen, ist die für das Geschäftsjahr festgestellte Reihenfolge nicht maßgebend.

Die Einberufung ist nur dann statthaft, wenn die Vertretung des verhinderten Mitgliedes durch ein Mitglied des Landgerichts nicht möglich ist."

Wegen Bayern s. Hauck S. 106. Wegen Baden: EG. v. 3. März 1879 § 12 (GBl. S. 110) u. RG. i. StrS. II S. 311.

§ 70.

1) Abs. 1: Die Gerichtsgewalt der Landgerichte bildet die Regel, die der Amtsgerichte die Ausnahme (vgl. §§ 23, 24, 59; N. E. § 10.)

„Kammern für Handelssachen" — vgl. den siebenten Titel.

2) Der Abs. 2 enthält Ausnahmen von der Ausnahme (vgl. Anm. 1), welche sich insofern an bisheriges Reichsrecht anschließen, als nach letzterem über die hier bezeichneten Ansprüche ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes in letzter Instanz durch das Reichs-Oberhandelsgericht zu entscheiden war. Vgl. § 2 des Ges. v. 1. Juni 1870 (BGBl. S. 313), §§ 152—154 des Ges. v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61). Die Nr. 2 ist von der RTK. in zweiter Lesung auf Antrag des Abg. Struckmann hinzugefügt worden (vgl. auch Wach I S. 357 Anm. 23, S. 365).

Maßgebend für die Aufnahme des Abs. 2 ist die Erwägung gewesen, daß die in demselben erwähnten Ansprüche sämmtlich neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben (vgl. § 11 des EG. z. GVG.), und daß daher selbst bei unbedeutenden Vermögensobjekten eine gleichmäßige Entscheidung der Rechtsfrage besonders wünschenswerth erscheint. Gleichgültig ist es daher, ob der Beamte gegen den Fiskus klagt oder Letzterer gegen den Beamten eine Klage auf Rückzahlung erhobenen Gehalts anstellt (RG. im RAnz. 1882 bes. Beil. 3 S. 2). Wegen dieses öffentlich-rechtlichen Interesse ist auch die Zuständigkeit der Landgerichte zu einer ausschließlichen gemacht, mithin die Prorogation auf ein Amtsgericht ausgeschlossen (CPO. § 40 Abs. 2) und die Revision ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der Revisionssumme zulässig (CPO. § 509 Nr. 2).

Nach der ratio legis und dem Ausdruck „Ansprüche" ist für die Zulässigkeit der Revision nicht die rechtliche Natur des eingeklagten Anspruchs, wie sie bei richtiger Beurtheilung desselben

sich darstellt, sondern der Umstand maßgebend, daß der Anspruch thatsächlich als ein im Sinne des § 70 bezeichneter erhoben wird (A. M. Just im civ. Arch. 68 S. 381).

3) Die prozeßrechtlichen Bestimmungen des § 152 Abs. 1 des Reichsbeamtengesetzes sind freilich nicht ausdrücklich aufgehoben und bleiben mithin nach § 13 Abs. 1 des EG. z. CPO. an sich bestehen; sie haben aber durch den in § 70 Abs. 2 des GVG. aufgestellten Grundsatz in Verbindung mit der in der CPO. erfolgten gemeinsamen Regelung der Rechtsmittel und der Aufnahme des § 509 Nr. 2 a. a. O. ihre praktische Bedeutung verloren. Dagegen sind die Vorschriften der §§ 150, 151, 153 und 154 Abs. 1 das. fortdauernd von praktischem Werthe, und auch die Bestimmungen der §§ 152 Abs. 2 und 154 Abs. 2 haben, soweit sie sich auf die Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts beziehen, mit Rücksicht auf § 8 Abs. 2 des EG. z. GVG. Bedeutung behalten.

4) Ueber die materielle Seite der Ansprüche, welche auf Grund des Reichsbeamtengesetzes gegen den Reichsfiskus erhoben werden (§§ 144, 149, 153 das.), vgl. Laband, Staatsrecht des D. Reichs I S. 475 ff., über die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung usw. (§ 154 a. a. O.) das. S. 440 ff. Indessen dürfte derselbe dort (S. 443) den Begriff „Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse“ zu eng auffassen. Dieser Begriff ist nicht gleichbedeutend mit einer formellen Kompetenzüberschreitung, sondern umfaßt, wie namentlich aus dem Gegensatz „pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen“ hervorgeht, alle Fälle, in denen der Beamte durch pflichtwidriges Handeln einen Schaden zugefügt hat. Denn, auch wenn er innerhalb einer gesetzlichen Zuständigkeit, aber mit Verletzung der erforderlichen Sorgfalt handelt, hat er eine materiell gesetzwidrige Handlung begangen und mithin seine amtlichen Befugnisse überschritten. (Zustimmend Wilm. Levy Anm. 4, RG. in Gruchot Beitr. XXVIII S. 463). Zuzugeben ist allerdings, daß der Ausdruck „Ueberschreitung“ nicht glücklich gewählt ist. Von der RTK. ist derselbe im Gegensatze zu dem Antrage des Abg. v. Puttkamer:

„Ansprüche — aus Handlungen, welche sie in Ausübung ihres Amtes oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommen haben,“

hauptsächlich deshalb beibehalten worden, um die Uebereinstimmung mit dem bestehenden Recht nicht in Frage zu stellen. (S. auch Hauser in s. Zeitschr. IV S. 281.)

5) Nach § 32 des Ges., betr. die Erhebung v. Reichsstempelabgaben, in d. Fassung des Ges. v. 3. Juni 1885 (RGBl. S. 179) sind in Rechtsstreitigkeiten, betr. die Verpflichtung zur Entrichtung der in diesem Gesetze festgestellten Abgaben, die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zuständig.

6) Der Abs. 3, welcher für die Landesgesetzgebung einen Vorbehalt gestattet, beruht auf ähnlichen Erwägungen wie der Abs. 2. Die Worte „Ansprüche gegen Beamte — Amtshandlungen“ sind auf Antrag des Abg. v. Puttkamer im Einklange mit Nr. 2 im Abs. 2 von der RTK. hinzugefügt worden. Andere Ansprüche als die im Abs. 3 bezeichneten darf die Landesgesetzgebung nicht, unter Abweichung von den Regeln der §§ 23, 24 des GVG., den Landgerichten zuweisen.

Von der Befugniß des Abs. 3 haben alle Bundesstaaten mit Ausnahme von Oldenburg Gebrauch gemacht (s. Pfafferoth, Jahrb. S. 7). Ein Verzeichniß der betreffenden Landesgesetze giebt Hellmann, Lehrb. S. 76.

Für Preußen hat in Ausführung des Vorbehalts des Abs. 3 und im wesentlichen Anschluß an das frühere Recht (vgl. Anm. 7) § 39 des AG. z. GVG. bestimmt:

„Die Landgerichte sind in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig:

1) für die Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Landesfiskus aus ihrem Dienstverhältnisse;
2) für die Ansprüche gegen den Landesfiskus wegen Verschuldung von Staatsbeamten;
3) für die Ansprüche gegen öffentliche Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen;

4) für die Ansprüche gegen den Landesfiskus in Betreff der Verpflichtung zur Entrichtung einer Erbschaftssteuer, eines Werthstempels oder eines nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessenden Vertragsstempels.

Die Vorschriften über die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Rechtsweges für diese Ansprüche bleiben unberührt."

Es ist mithin von der Befugniß des § 70 Abs. 3 nur rücksichtlich der Ansprüche gegen den Staat wegen Aufhebung von Privilegien und wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden kein Gebrauch gemacht worden. Nach den Mot. wird in diesen Fällen das öffentliche Interesse durch die Zulässigkeit der Erhebung des Kompetenz-Konflikts und durch die einheitliche Rechtsprechung des Gerichtshofes für die Entscheidung der Kompetenz-Konflikte in ausreichendem Maße gewahrt.

Außerdem gehört nach § 25 des Ges., betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, v. 4. März 1879 (GS. S. 102) das Rangordnungsverfahren der Rhein. CPO. zur Zuständigkeit der Landgerichte.

7) „Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse" — vgl. Preuß. Ges., betr. die Erweiterung des Rechtsweges, v. 24. Mai 1861 §§ 1, 4 (GS. S. 241). Nur vermögensrechtliche Ansprüche sind gemeint, wie in §§ 144, 149, 154 des Reichsbeamtengesetzes. Zweifelhaft ist, ob auch die Ansprüche der Hinterbliebenen der Staatsbeamten darunter fallen. Die Analogie aus § 149 a. a. O. scheint dafür zu sprechen; der Wortlaut (vgl. auch § 1 des Preuß. Ges. v. 24. Mai 1861) ist aber entscheidend dagegen. (So auch Keller S. 93 Anm. 10, Wilm. Levy Anm. 6. A. M.: Thilo S. 108 Anm. 5, Turnau a. a. O. I S. 355 Anm. 2, RG. XIV S. 366 — besonders mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und den Grund des Gesetzes.)

„Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden" — also ohne Rücksicht auf den Inhalt.

„Die allgemein gehaltene Fassung trifft auch diejenigen Ansprüche solcher Art, welche keine Entschädigungsansprüche sind. In Hamburg z. B. können auch solche Ansprüche, welche direkt die Aufhebung einer Verfügung der Verwaltungsbehörde bezwecken, im Rechtswege verfolgt werden." (Mot.)

Vgl. für Preußen: Kab.-Ordre v. 4. Dez. 1831 (GS. S. 255), Ges. v. 11. Mai 1842 (GS. S. 192), Ges. v. 24. Mai 1861 (GS. S. 241).

— „wegen Verschuldung von Staatsbeamten" — Hierher gehören die Klagen gegen den Staat in solchen Fällen, in welchen derselbe für die Handlungen seiner Beamten verantwortlich ist; vgl. z. B. Preuß. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 § 29 Abs. 2 (GS. S. 446), Siebenhaar, Sächs. Privatrecht S. 718 Anm. 2.

— „wegen Aufhebung von Privilegien" — vgl. Windscheid, Pand. I § 136 Preuß. ALR. Einl. §§ 70—72, Preuß. Berggesetz § 157 usw.

„Ansprüche gegen Beamte — Amtshandlungen" — vgl. EG. z. GVG. § 11, Bayer. PO. Art. 5 Nr. 4, Württ. PO. Art. 20, Preuß. Ges. v. 11. Mai 1842 § 6. Ueber den Begriff „Beamte" vgl. CPO. § 715 Anm. 7. Zu denselben dürften hier aber auch die in CPO. § 715 Nr. 6 besonders genannten Notare zu zählen sein. (So auch Wilm. Levy Anm. 10, Turnau a. a. O. I S. 356 Anm. 3; vgl. noch CPO. § 341 Anm. 1.) Dagegen fallen auch hier nur „öffentliche", nicht Privat-Beamte darunter.

„Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben" — gleichviel, ob die Abgaben durch Landesgesetz eingeführt oder solche Reichsabgaben sind, welche auf Grund der Normen des Reichsrechts durch Behörden oder Beamte des einzelnen Bundesstaats erhoben werden (RG. XI S. 77). Vgl. für Preußen: ALR. II 14 §§ 79 ff., Ges. v. 24. Mai 1861 §§ 11, 13, Verordn. vom 16. Sept. 1867 Art. I—V (GS. S. 1515), Ges., betr. die Erbschaftssteuer, v. 30. Mai 1873 § 40 (GS. S. 329); für Bayern Ausf.G. Art. 26 Z. 6 (s. obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 312). Der Ausdruck „öffentlicher Abgaben" umfaßt nicht bloß die an den

§ 71. Die Civilkammern sind die Berufungs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Entw. § 51. Mot. S. 95. Prot. S. 361.

§ 72. Die Strafkammern sind zuständig für diejenigen die Voruntersuchung und deren Ergebnisse betreffenden Entscheidungen, welche nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung von dem Gerichte zu erlassen sind; sie entscheiden über Beschwerden gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Amtsrichters, sowie gegen Entscheidungen der Schöffengerichte. Die Bestimmungen über die Zuständigkeit des Reichsgerichts werden hierdurch nicht berührt.

Die Strafkammern erledigen außerdem die in der Strafprozeßordnung den Landgerichten zugewiesenen Geschäfte.

§ 73. Die Strafkammern sind als erkennende Gerichte zuständig:

1. für die Vergehen, welche nicht zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören;
2. für diejenigen Verbrechen, welche mit Zuchthaus von höchstens fünf Jahren, allein oder in Verbindung mit anderen Strafen bedroht sind. Diese Bestimmung findet nicht Anwendung in den Fällen der §§. 86, 100 und 106 des Strafgesetzbuchs;
3. für die Verbrechen der Personen, welche zur Zeit der That das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten;
4. für das Verbrechen der Unzucht im Falle des §. 176 Nr. 3 des Strafgesetzbuchs;
5. für die Verbrechen des Diebstahls in den Fällen der §§. 243 und 244 des Strafgesetzbuchs;
6. für das Verbrechen der Hehlerei in den Fällen der §§. 260 und 261 des Strafgesetzbuchs;
7. für das Verbrechen des Betruges im Falle des §. 264 des Strafgesetzbuchs.

§ 74. Die Strafkammern sind als erkennende Gerichte ausschließlich zuständig:

1. für Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz vom 25. Oktober 1867, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe 2c.;
2. für die nach Artikel 206, 249 und 249 a des Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, strafbaren Handlungen;

Staat, sondern die überhaupt an öffentlich-rechtliche Verbände (Kommunalverbände, Gemeinden, Kirchen, Schulen usw.) zu entrichtenden Abgaben.

8) Bezüglich der Kosten der Revisionsinstanz in den unter § 70 fallenden Rechtsstreitigkeiten vgl. CPO. § 92 Abs. 3.

9) Abgesehen von den hier in § 70 Abs. 2 aufgeführten Sachen, sind die Landgerichte nach den Vorschriften der CPO. noch zuständig, und zwar ausschließlich: in Ehesachen (§ 568), für die Anfechtungs- und Wiederaufhebungsklage in Entmündigungssachen (§§ 606, 620, 624, 626), endlich, jedoch nicht ausschließlich, für die Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 834).

10) Für Preußen regeln die §§ 40, 41 des AG. z. GVG. die Zuständigkeit der Landgerichte in denjenigen Angelegenheiten, welche nicht zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gehören. Dieselben werden nach § 42 von den Civilkammern erledigt. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 31 ff., Turnau a. a. O. I S. 385 ff.)

§ 71.

1) Ueber die Berufung vgl. CPO. §§ 472—506; über die Beschwerde das. §§ 530—540, KO. §§ 66, 101, 174. Hinsichtlich der Rechtsmittel in den § 70 Anm. 10 bezeichneten Angelegenheiten s. Preuß. AG. z. GVG. § 40, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 30. Ausnahmen bezüglich der „Beschwerde" s. im GVG. §§ 160, 183.

2) „Civilkammern" — nicht die Kammern für Handelssachen; vgl. § 101 Anm. 3. Vgl. für Preußen noch AG. z. GVG. §§ 40, 42.

3. für Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der §§. 1, 2 und 3 des Gesetzes vom 8. Juni 1871, betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien;
4. für die nach §. 67 und §. 69 des Gesetzes vom 6. Februar 1875, betreffend die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., strafbaren Handlungen;
5. für die nach §. 59 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 strafbaren Handlungen.

§ 75. Die Strafkammer kann bei Eröffnung des Hauptverfahrens wegen der Vergehen:

1. des Widerstandes gegen die Staatsgewalt in den Fällen der §§. 113, 114, 117 Abs. 1 und des §. 120 des Strafgesetzbuchs;
2. wider die öffentliche Ordnung in den Fällen des §. 123 Abs. 3 und des §. 137 des Strafgesetzbuchs;
3. wider die Sittlichkeit im Falle des §. 183 des Strafgesetzbuchs;
4. der Beleidigung und der Körperverletzung in den Fällen der nur auf Antrag eintretenden Verfolgung;
5. der Körperverletzung im Falle des §. 223 a des Strafgesetzbuchs;
6. des Diebstahls im Falle des §. 242 des Strafgesetzbuchs;
7. der Unterschlagung im Falle des §. 246 des Strafgesetzbuchs;
8. der Begünstigung;
9. der Hehlerei in den Fällen des §. 258 Nr. 1 und des §. 259 des Strafgesetzbuchs;
10. des Betruges im Falle des §. 263 des Strafgesetzbuchs;
11. des strafbaren Eigennutzes in den Fällen der §§. 288 und 298 des Strafgesetzbuchs;
12. der Sachbeschädigung in den Fällen der §§. 303 und 304 des Strafgesetzbuchs

und

13. wegen der gemeingefährlichen Vergehen in den Fällen des §. 327 Abs. 1 und des §. 328 Abs. 1 des Strafgesetzbuchs;

ferner

14. wegen derjenigen Vergehen, welche nur mit Gefängnißstrafe von höchstens sechs Monaten oder Geldstrafe von höchstens eintausendfünfhundert Mark, allein oder in Verbindung mit einander oder in Verbindung mit Einziehung bedroht sind, mit Ausnahme der in den §§. 128, 271, 296 a, 301, 331 und 347 des Strafgesetzbuchs und der im §. 74 dieses Gesetzes bezeichneten Vergehen;

sowie

15. wegen solcher Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, deren Strafe in dem mehrfachen Betrage einer hinterzogenen Abgabe oder einer anderen Leistung besteht;

auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengerichte, soweit dieses nicht schon zuständig ist, überweisen, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß wegen des Vergehens auf keine andere und höhere Strafe, als auf die im §. 27 Nr. 2 bezeichnete und auf keine höhere Buße als sechshundert Mark zu erkennen sein werde.

Beschwerde findet nicht statt.

Hat im Falle der Nr. 15 die Verwaltungsbehörde die öffentliche Klage erhoben, so steht ihr der Antrag auf Ueberweisung an das Schöffengericht in gleicher Weise wie der Staatsanwaltschaft zu.

§ 76. Die Strafkammern sind als erkennende Gerichte ferner zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Urtheile der Schöffengerichte.

§ 77. Die Kammern entscheiden in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden. Die Strafkammern sind in der Hauptverhand-

---

§ 77.

Die Civilkammern entscheiden ausnahmslos in der Besetzung von drei Mitgliedern. Nach § 194 Abs. 1 ist eine Mitwirkung einer größeren Zahl bei Entscheidungen (nach Abs. 2 nicht auch bei Verhandlungen) unzulässig.

lung mit fünf Mitgliedern, in der Berufungsinstanz bei Uebertretungen und in den Fällen der Privatklage aber mit drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden zu besetzen.

Entw. § 57. Mot. S. 100. Prot. S. 372—374.

§ 78. Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann wegen großer Entfernung des Landgerichtssitzes bei einem Amtsgerichte für den Bezirk eines oder mehrerer Amtsgerichte eine Strafkammer gebildet und derselben für diesen Bezirk die gesammte Thätigkeit der Strafkammer des Landgerichts oder ein Theil dieser Thätigkeit zugewiesen werden.

Die Besetzung einer solchen Strafkammer erfolgt aus Mitgliedern des Landgerichts oder Amtsrichtern des Bezirks, für welchen die Kammer gebildet wird. Der Vorsitzende wird ständig, die Amtsrichter werden auf die Dauer des Geschäftsjahres durch die Landesjustizverwaltung berufen, die übrigen Mitglieder werden nach Maßgabe des §. 62 durch das Präsidium des Landgerichts bezeichnet.

Sechster Titel. Schwurgerichte.

§ 79. Für die Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen treten bei den Landgerichten periodisch Schwurgerichte zusammen.

§ 80. Die Schwurgerichte sind zuständig für die Verbrechen, welche nicht zur Zuständigkeit der Strafkammern oder des Reichsgerichts gehören.

§ 81. Die Schwurgerichte bestehen aus drei richterlichen Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden und aus zwölf zur Entscheidung der Schuldfrage berufenen Geschworenen.

§ 82. Die Entscheidungen, welche nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der Strafprozeßordnung von dem erkennenden Gerichte zu erlassen sind, erfolgen in den bei den Schwurgerichten anhängigen Sachen durch die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts. Werden diese Entscheidungen außerhalb der Dauer der Sitzungsperiode erforderlich, so erfolgen sie durch die Strafkammern der Landgerichte.

§ 83. Der Vorsitzende des Schwurgerichts wird für jede Sitzungsperiode von dem Präsidenten des Oberlandesgerichts ernannt. Die Ernennung erfolgt aus der Zahl der Mitglieder des Oberlandesgerichts oder der zu dem Bezirke des Oberlandesgerichts gehörigen Landgerichte.

Der Stellvertreter des Vorsitzenden und die übrigen richterlichen Mitglieder werden von dem Präsidenten des Landgerichts aus der Zahl der Mitglieder des Landgerichts bestimmt.

So lange die Ernennung des Vorsitzenden nicht erfolgt ist, erledigt der Vorsitzende der Strafkammer des Landgerichts die in der Strafprozeßordnung dem Vorsitzenden des Gerichts zugewiesenen Geschäfte.

§ 84. Das Amt eines Geschworenen ist ein Ehrenamt. Dasselbe kann nur von einem Deutschen versehen werden.

§ 85. Die Urliste für die Auswahl der Schöffen dient zugleich als Urliste für die Auswahl der Geschworenen.

Die Vorschriften der §§. 32—35 über die Berufung zum Schöffenamte finden auch auf das Geschworenenamt Anwendung.

§ 86. Die Zahl der für jedes Schwurgericht erforderlichen Geschworenen und die Vertheilung dieser Zahl auf die einzelnen Amtsgerichtsbezirke wird durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

§ 87. Der alljährlich bei dem Amtsgerichte für die Wahl der Schöffen zusammentretende Ausschuß (§. 40) hat gleichzeitig diejenigen Personen aus der Urliste auszuwählen, welche er zu Geschworenen für das nächste Geschäftsjahr vorschlägt. Die Vorschläge sind nach dem dreifachen Betrage der auf den Amtsgerichtsbezirk vertheilten Zahl der Geschworenen zu bemessen.

§ 88. Die Namen der zu Geschworenen vorgeschlagenen Personen werden in ein Verzeichniß aufgenommen (Vorschlagsliste).

§ 89. Die Vorschlagsliste wird nebst den Einsprachen, welche sich auf die in dieselbe aufgenommenen Personen beziehen, dem Präsidenten des Landgerichts übersendet.

Der Präsident bestimmt eine Sitzung des Landgerichts, an welcher fünf Mitglieder mit Einschluß des Präsidenten und der Direktoren Theil nehmen. Das Landgericht entscheidet endgültig über die Einsprachen und wählt sodann aus der Vorschlagsliste die für das Schwurgericht bestimmte Zahl von Hauptgeschworenen und Hülfsgeschworenen.

Als Hülfsgeschworene sind solche Personen zu wählen, welche an dem Sitzungsorte des Schwurgerichts oder in dessen nächster Umgebung wohnen.

§ 90. Die Namen der Haupt- und Hülfsgeschworenen werden in gesonderte Jahreslisten aufgenommen.

§ 91. Spätestens zwei Wochen vor Beginn der Sitzungen des Schwurgerichts werden in öffentlicher Sitzung des Landgerichts, an welcher der Präsident und zwei Mitglieder Theil nehmen, in Gegenwart der Staatsanwaltschaft dreißig Hauptgeschworene ausgeloost. Das Loos wird von dem Präsidenten gezogen.

Auf Geschworene, welche in einer früheren Sitzungsperiode desselben Geschäftsjahres ihre Verpflichtung erfüllt haben, erstreckt die Ausloosung sich nur dann, wenn dies von ihnen beantragt wird.

Ueber die Ausloosung wird von dem Gerichtsschreiber ein Protokoll aufgenommen.

§ 92. Das Landgericht übersendet das Verzeichniß der ausgeloosten Hauptgeschworenen (Spruchliste) dem ernannten Vorsitzenden des Schwurgerichts.

§ 93. Die in der Spruchliste verzeichneten Geschworenen werden auf Anordnung des für das Schwurgericht ernannten Vorsitzenden zur Eröffnungssitzung des Schwurgerichts unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens geladen.

Zwischen der Zustellung der Ladung und der Eröffnungssitzung soll thunlichst die Frist von einer Woche, jedoch mindestens von drei Tagen liegen.

§ 94. Ueber die von Geschworenen geltend gemachten Ablehnungs- und Hinderungsgründe erfolgt die Entscheidung nach Anhörung der Staatsanwaltschaft durch die richterlichen Mitglieder und, so lange das Schwurgericht nicht zusammengetreten ist, durch den ernannten Vorsitzenden des Schwurgerichts. Beschwerde findet nicht statt.

An Stelle der wegfallenden Geschworenen hat der Vorsitzende, wenn es noch geschehen kann, aus der Jahresliste durch Ausloosung andere Geschworene auf die Spruchliste zu bringen und deren Ladung anzuordnen. Ueber die Ausloosung wird von dem Gerichtsschreiber ein Protokoll aufgenommen.

§ 95. Erstreckt sich eine Sitzungsperiode des Schwurgerichts über den Endtermin des Geschäftsjahres hinaus, so bleiben die Geschworenen, welche zu derselben einberufen sind, bis zum Schlusse der Sitzungen zur Mitwirkung verpflichtet.

§ 96. Die Bestimmungen der §§. 55, 56 finden auch auf Geschworene Anwendung.

Die im §. 56 bezeichneten Entscheidungen werden in Bezug auf Geschworene von den richterlichen Mitgliedern des Schwurgerichts erlassen.

§ 97. Niemand soll für dasselbe Geschäftsjahr als Geschworener und als Schöffe bestimmt werden.

Ist dies dennoch geschehen, oder ist Jemand für dasselbe Geschäftsjahr in mehreren Bezirken zu diesen Aemtern bestimmt worden, so hat der Einberufene dasjenige Amt zu übernehmen, zu welchem er zuerst einberufen wird.

§ 98. Die Strafkammer des Landgerichts kann bestimmen, daß einzelne Sitzungen des Schwurgerichts nicht am Sitze des Landgerichts, sondern an einem anderen Orte innerhalb des Schwurgerichtsbezirks abzuhalten seien.

In diesem Falle wird für diese Sitzungen von dem Landgerichte eine besondere Liste von Hülfsgeschworenen gebildet.

§ 99. Die Landesjustizverwaltung kann bestimmen, daß die Bezirke mehrerer Landgerichte zu einem Schwurgerichtsbezirke zusammengelegt und die Sitzungen des Schwurgerichts bei einem der Landgerichte abgehalten werden.

In diesem Falle hat das Landgericht, bei welchem die Sitzungen des Schwurgerichts abgehalten werden, und der Präsident desselben die ihnen in den §§. 82—98 zugewiesenen Geschäfte für den Umfang des Schwurgerichtsbezirks wahrzunehmen.

Die Mitglieder des Schwurgerichts mit Einschluß des Stellvertreters des Vorsitzenden können aus der Zahl der Mitglieder der im Bezirke des Schwurgerichts belegenen Landgerichte bestimmt werden.

Siebenter Titel. **Kammern für Handelssachen.**

§ 100. Soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfniß als vorhanden annimmt, können bei den Landgerichten für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Theile derselben Kammern für Handelssachen gebildet werden.

Solche Kammern können ihren Sitz innerhalb des Landgerichtsbezirks auch an Orten haben, an welchen das Landgericht seinen Sitz nicht hat.

Entw. §§ 1, 81. Mot. S. 116—119. Prot. S. 95—119, 513—525.

Siebenter Titel.

Ueber die Entstehungsgeschichte und die Materialien vgl. Mot. S. 111—1116, Prot. z. CPO. S. 2—4, 471—477, Prot. z. GVG. S. 95—119, 513—525, Komm.-Ber. S. 9—13, 45. Sten. Ber. d. RT. II. Leg.-Per. 4. Sitzg. 1876. S. 135—163.

Die reichhaltige Literatur über „Handelsgerichte" s. bei Voigtel, Uebersicht der Lit. des Handelsrechts S. 196 ff. Ueber die Vorschriften der CPO. vgl. Keyßner in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. H. R. XXV S. 449 ff., Turnau, Die Justizverfassung in Preußen I S. 429 ff., v. Canstein, Grundlagen S. 153 ff., Wach I S. 197, 358 ff., 364 ff., Planck I S. 42 ff.

1) Nach dem Entwurfe waren die „Handelsgerichte" als eine besondere Art der ordentlichen Gerichte mit erheblich weiterer Zuständigkeit gedacht. Schon in der 5. Sitzung der RTK. erhob sich jedoch gegen dieses hauptsächlich nach französischem Muster in vielen Theilen Deutschlands aufgenommene Institut eine scharfe Opposition, welche zunächst zu einer vollständigen Beseitigung der von den Handelsgerichten handelnden Bestimmungen aus den Entwürfen der CPO. und des GVG. führte. Auch die noch bei der ersten Lesung des GVG. gestellten Vermittelungsanträge, welche theils auf dem Standpunkte der jetzigen Bestimmungen des GVG. standen, theils entweder in Handelssachen oder in noch weiterem Umfange die Zuziehung sachkundiger Beisitzer mit berathender Stimme bezweckten, erlangten nicht die Mehrheit der RTK. Auf Wunsch des Bundesraths wurde indessen für den Fall, daß der Reichstag mit jenen Beschlüssen nicht einverstanden sein sollte, die Materie von den Handelsgerichten im Einzelnen nach den Vorschlägen einer Subkommission durchberathen. Bei der zweiten Lesung des GVG. erklärte sich sodann nach Erörterung zahlreicher Petitionen die RTK. unter nochmaliger Verwerfung des Systems des Entwurfs auf Antrag des Abg. Becker für das jetzige System besonderer, mit den Landgerichten organisch verbundener „Kammern für Handelssachen", welches schließlich nach abermaliger Anfechtung seitens der Anhänger der besonderen Handelsgerichtsbarkeit auch vom Reichstage gebilligt wurde und in das Gesetz übergegangen ist.

2) Die Hauptvorzüge des angenommenen Systems, welches an ähnliche Einrichtungen in Württemberg und anderen Staaten erinnert, erblickte der Antragsteller in dem innigeren Anschlusse des Verfahrens in Handelsprozessen an das Verfahren vor dem Landgerichte und in der Erleichterung des Uebergangs von dem einen Verfahren in das andere, in der Verminderung bzw. Abkürzung von Kompetenzstreitigkeiten, in der Erweiterung des Wahlrechts der Parteien und in der Konzentrirung der handelsrichterlichen Rechtsprechung auf die eigentlichen Handelsplätze.

3) Die „Kammern für Handelssachen" sind hiernach nur eine Abart der Civilkammern der Landgerichte mit besonderer sachlicher Zuständigkeit im Sinne einer gesetzlichen Geschäftsvertheilung innerhalb desselben Gerichts erster Instanz [vgl. §§ 59, 70 Abs. 1, 103—107, CPO. § 1 Anm. 2; Wernz in Hauser, Zeitschr. f. Reichs- u. Landesrecht III S. 343 („Zugehörigkeit"), Hauser das. III S. 391, Keller S. 126, Petersen in Busch, Zeitschr. II S. 205, 206, Keyßner a. a. O. S. 455, Wach I S. 358, 367, 368]. Die Thätigkeit der Kammern für Handelssachen bildet stets die Ausnahme; sie tritt nur ein, soweit sie in den gesetzlichen Fällen von einer der Parteien beansprucht wird (s. §§ 102—104); bei Konkurrenz von Klage und Widerklage ist überdies nothwendig, daß die Kammer für Handelssachen für beide zuständig ist (§§ 103 Abs. 2, 104 Abs. 2, 105). [Vgl. auch Baron in Busch, Zeitschr. I S. 42 ff.] Ein besonderes Verfahren besteht, abgesehen von der in § 102 Abs. 1 bestimmten Einlassungsfrist und den §§ 103 ff., für die Kammern für Handelssachen nicht; sie sind daher in der CPO. überhaupt nicht erwähnt. Auch hinsichtlich des Anwaltszwangs und des Systems der Rechtsmittel findet sich, abgesehen von § 107 Satz 1, nicht die mindeste Abweichung. Ein Antrag, den ersteren hier auszuschließen, ist von der RTK. abgelehnt (Prot. z. CPO. S. 739—741).

Die Bestimmungen des vorliegenden Titels beziehen sich lediglich auf die Bildung und Zusammensetzung der Kammern für Handelssachen (§§ 100, 109, 110), die Zuständigkeit derselben (§§ 101—108) und die Stellung der sachkundigen Beisitzer („Handelsrichter") (§§ 111—117). Einige Besonderheiten finden sich zerstreut in den §§ 11, 67, 118, 199.

4) Bei den höheren Gerichten sind ähnliche Einrichtungen nicht getroffen. Die Berufung und die Beschwerde von den Kammern für Handelssachen gehen an das Oberlandesgericht, und bei diesem wie bei dem Reichsgericht entscheiden die Civilsenate in ihrer gewöhnlichen Zusammensetzung.

5) Die bestehenden besonderen Handelsgerichte, z. B. in Bayern, Sachsen, den Hansestädten, sind mit der neuen Organisation unverträglich und mit dem Inkrafttreten des GVG. fortgefallen. In Preußen sind durch das AG. z. GVG. § 12 Nr. 2, 3 aufgehoben: die Kommerz- und Admiralitätskollegien sowie die Handelsgerichte im Bezirke des Appellationsgerichtshofs zu Cöln (vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 7, 195).

§ 100.

1) Nach § 100 besteht nicht nothwendig für jeden Ort eine Kammer für Handelssachen. Die Bildung solcher Kammern hängt vielmehr [wie nach dem Entw., Code de comm. art. 615, 640, 641 ꝛc.] von dem Bedürfnisse nach Ermessen der Landesjustizverwaltung ab, welche andrerseits auch mehrere solcher Kammern bei Einem Landgerichte einrichten darf, deren Zuständigkeit örtlich oder sachlich abgegrenzt werden kann. Das Ermessen der Landesjustizverwaltung tritt auch an Stelle der §§ 61—66, soweit nicht Landesgesetze (s. z. B. Preuß. AG. z. GVG. § 47) eingreifen (vgl. §§ 67, 109 Anm. 2).

2) Die Bezirke der Kammern für Handelssachen und der Landgerichte, zu welchen sie gehören, decken sich in der Regel vollständig. Der der ersteren darf niemals über den des Landgerichts hinausreichen; wohl aber darf er kleiner sein, wenn das Bedürfniß nach Ansicht der Justizverwaltung nur für einen örtlich abgegrenzten Theil des Landgerichtsbezirks, etwa für den Bezirk eines oder mehrerer Amtsgerichte (vgl. § 78), hervortritt.

3) Abs. 2: Der Sitz der Kammer für Handelssachen ist in der Regel der des Landgerichts und muß stets innerhalb des Landgerichtsbezirks liegen; er braucht aber nicht nothwendig mit dem Sitze des Landgerichts zusammenzufallen, sondern kann z. B. mit dem eines zum Landgerichtsbezirke gehörigen Amtsgerichts identisch sein (s. § 110). Auch in diesem Falle ist die Kammer indessen eine Abtheilung des Landgerichts („bei den Landgerichten" — Abs. 1). Daneben kann auch am Sitze des Landgerichts eine Kammer für Handelssachen bestehen. Wegen der Geschäftsvertheilung s. § 109 Anm. 2.

§ 101. Vor die Kammern für Handelssachen gehören nach Maßgabe der folgenden Vorschriften diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch:

1. gegen einen Kaufmann (Art. 4 des Handelsgesetzbuchs) aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) sind;
2. aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung;
3. aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird:
   a) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber eines Handelsgewerbes, zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 des Handelsgesetzbuchs), sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des geschäftlichen Verhältnisses, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder den Mitgliedern der Gesellschaft;

Eine nach Abs. 2 errichtete Kammer ist im Sinne der RAO. als besonderes Gericht anzusehen (RAO. §§ 8, 9).

4) Für Preußen s. die zur Ausführung des § 100 erlassenen Allg. Verf. des Just.-Min. v. 26. Juli 1879 (JMBl. S. 210), 20. Sept. 1881 (JMBl. S. 187), 1. Okt. 1881 (das. S. 242), 15. Febr. 1882 (das. S. 26), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 554 ff., Turnau a. a. O. S. 437 ff.

Vgl. im übrigen Keyßner a. a. O. S. 455 ff., Pfafferoth, Jahrb. d. D. Gerichtsverfassung 1886 S. 50, 51 (im ganzen Reich 67 Kammern, davon 12 nicht am Sitze des Landgerichts).

§ 101.

1) Die Quelle der in § 101 enthaltenen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit (vgl. d. allg. Bem. unter 3) der Kammern für Handelssachen ist der die Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts regelnde § 13 des Ges. v. 12. Juni 1869 (BGBl. S. 201), dessen Inhalt im Einzelnen freilich erheblich modifizirt ist. Der Begriff der hier jenen Kammern überwiesenen „Handelssachen" ist enger als der (im HGB. nicht definirte) gleiche materiellrechtliche Begriff in Art. 1 d. HGB. und Art. 2 d. Preuß. EG. z. HGB. [Vgl. auch Goldschmidt, Handb. d. Handelsrechts 2. Aufl. I § 43 a S. 470 ff., Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1880. I S. 67 ff., Endemann, Handb. d. D. Handels-, See- u. Wechselrechts. Leipzig 1881. I S. 95 ff.] Wegen Erläuterung der in § 101 zahlreich vorkommenden handelsrechtlichen Begriffe ist in erster Linie auf die reiche handelsrechtliche Literatur zu verweisen. Vgl. auch CPO. §§ 660 Anm. 4 a. E., 871 Anm. 1.

2) — „nach Maßgabe der folgenden Vorschriften" — ein redaktioneller Zusatz der RTK., welcher auf die §§ 102—108 hinweist. Auch das Reichsstempelgesetz § 22a in der Fassung v. 29. Mai 1885 (RGBl. S. 176) enthält noch eine Kompetenzbestimmung. Wegen des Verfahrens nach HGB. Art. 348, 365, 407 vgl. EG. z. CPO. § 13 Abs. 4.

3) — „den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen" — vgl. § 70. Dieser Zusatz der RTK. steht im Einklang mit der von dem Entw. abweichenden prinzipiellen Auffassung, wonach die Kammern für Handelssachen den Landgerichten organisch eingefügt sind (s. d. allg. Bem. z. diesem Tit.). Zugleich wird dadurch vermieden, daß geringfügige Handelssachen in Folge der Zuständigkeit von Kollegialgerichten in erster Instanz schließlich ihren Weg bis zum Reichsgericht nehmen. Deshalb war schon bei der eventuellen Berathung in erster Lesung nach dem Vorschlage der Subkommission (s. d. allg. Bem. unter 1) die Zuständigkeit der Handelsgerichte in

b) aus dem Rechtsverhältnisse, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirma betrifft;
c) aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den Schutz der Marken, Muster und Modelle beziehen;
d) aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäfts zwischen den Kontrahenten entsteht;
e) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55 des Handelsgesetzbuchs);
f) aus dem Rechtsverhältnisse, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers im Sinne des Handelsgesetzbuchs zwischen diesem und den Parteien entsteht;
g) aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denjenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondentrheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.

N. Entw. § 15. Entw. § 83. Mot. S. 121–128. Prot. z. CPO. S. 475–494. Prot. S. 525–530.

---

den sogen. Bagatellsachen ausgeschlossen worden, und im Reichstage wurde dieses System aufrechterhalten.

In den den Amtsgerichten zugewiesenen Sachen (§ 23), auch wenn sie nach Nr. 1—3 Handelssachen sind, entscheiden daher die Amtsgerichte und in der Berufungs- und Beschwerdeinstanz die gewöhnlichen Civilkammern der Landgerichte (§§ 71 ff.).

Soweit die Prorogation in Civilsachen zulässig (CPO. §§ 38—40), ist sie es auch in Handelssachen. Nur die Wahl der Handelskammer (statt der Civilkammer) ist durch die §§ 102 ff. beschränkt.

— „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" — vgl. § 13 Anm. 1.

4) — „durch die Klage" — Lediglich auf diese kommt es an (s. § 102 Abs. 1). Indessen kann doch ausnahmsweise durch Erweiterung des Klagantrags, Widerklage oder Inzidentfeststellungsklage nachträglich eine Sache von dem Amtsgerichte weg an die Kammer für Handelssachen gezogen werden (§ 102 Abs. 2); anders bei bloßen Kompensationseinreden, Repliken u. dgl.

Die Kammer für Handelssachen hat auch die Befugnisse bzw. Verrichtungen, welche nach der CPO. dem Prozeßgericht erster Instanz bzw. dem Gericht der Hauptsache zufallen (vgl. CPO. §§ 109, 225, 331, 354, 369, 539, 686—689, 799, 807, 816, 821); namentlich hat sie auch Arreste und einstweilige Verfügungen anzuordnen, wenn sie in der Hauptsache zuständig ist. [Die Ansicht, daß die Hauptsache bereits anhängig sein oder doch gleichzeitig anhängig gemacht werden müsse (s. Keyßner a. a. O. S. 478 Anm. 106a, Wilm. Levy Anm. 4), ist nicht haltbar; vgl. auch Turnau a. a. O. S. 445 Anm. 8.]

5) Nr. 1: — „gegen einen Kaufmann (Art. 4 des Handelsgesetzbuchs)" — Diese Worte, welche sich schon im Entw. u. in dem Ges. v. 12. Juni 1869 finden, machen die Zuständigkeit von der Kaufmannseigenschaft des Beklagten abhängig. Es kommt darauf an, daß letzterer zur Zeit der Erhebung der Klage Kaufmann ist; ob er es zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit war (Württ. PO. Art. 9 Nr. 1), ist unerheblich. Gegen einen gewesenen Kaufmann darf nach Nr. 1 ebensowenig bei der Kammer für Handelssachen geklagt

werden, als gegen den Rechtsnachfolger oder den Vertreter eines Kaufmanns. (Uebereinstimmend Keller S. 140, Endemann I S. 106, Wilm. Levy Anm. 6, Turnau a. a. O. S. 447 Anm. 11, 12, Keyßner a. a. O. S. 475. Anders bezüglich der Zuständigkeit des früheren ROHG.: ROHG. 13 S. 351, 15 S. 16, 17 S. 168, 19 S. 37.) Hiervon gilt auch dann keine Ausnahme, wenn die Rechtsnachfolge auf einem Handelsgeschäfte beruht. Ein Antrag, in diesem Falle die Zuständigkeit fortdauern zu lassen, ist zwar bei der eventuellen Debatte (s. d. allg. Bem.) von der RTK. angenommen, in zweiter Lesung aber nicht wiederholt.

Werden mehrere Personen, von welchen nicht jede Kaufmann ist, als Streitgenossen verklagt, so gehört der Streit vor die Civilkammer. Ein entgegenstehender Antrag ist von der RTK. abgelehnt (Prot. S. 740, 746). [Vgl. auch Keller S. 140, 141, Wilm. Levy a. a. O., Keyßner a. a. O. S. 472.] Uebrigens ist nach § 36 CPO. nur das zuständige Gericht zu bestimmen (Wilm. Levy Anm. 4 a. E.).

Auch Klagen gegen den Konkursverwalter im Konkurse eines Kaufmanns sind nicht hierher zu rechnen, sofern nicht das Handelsgeschäft durch den Konkursverwalter fortgeführt wird und es sich um eine hieraus erwachsende Verbindlichkeit handelt (s. Behrend a. a. O. S. 100 Anm. 12, Turnau a. a. O. S. 451 Anm. 14, Wilm. Levy Anm. 6).

Nicht zur Bedingung gemacht ist es, daß der Beklagte in das Handelsregister eingetragen sei. Vgl. aber § 104 Abs. 1 Anm. 2.

Die Mot. bemerken:

„Durch die Bestimmung des Entw. unter 1 wird eine möglichst einfache Regelung der Zuständigkeit erreicht. Ist auch der Begriff des Kaufmanns nach Art. 4 d. HGB. von dem Begriff der Handelsgeschäfte abhängig, so werden doch die Parteien selbst und die kaufmännisch besetzten Gerichte in den seltensten Fällen darüber im Zweifel sein, ob Jemand als Kaufmann anzusehen ist. Der gewerbsmäßige Betrieb von Handelsgeschäften ist an sich etwas, was regelmäßig Oeffentlichkeit erfordert. Es kann deshalb auch davon Abstand genommen werden, die handelsgerichtliche Zuständigkeit an die Vorbedingung zu knüpfen, daß der Beklagte als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen und somit durch ein bestimmtes äußeres Moment als solcher kenntlich ist."

Als „Kaufmann" im Sinne von Nr. 1 gelten (s. jedoch § 104 Anm. 2) auch die sog. Minderkaufleute des Art. 10 d. HGB. (vgl. RG. i. StrS. IV S. 109, Turnau a. a. O. S. 448 Anm. 11, Keyßner a. a. O. S. 471; s. auch ROHG. 7 S. 238); ferner, wie die Mot. als selbstverständlich betrachten, auch solche (physische und juristische) Personen, welche das Gesetz den Kaufleuten gleichstellt [HGB. Art. 5, 6 in Verbindung mit Art. 174, 208 in der Fassung des Ges. v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 375) bzw. des Ges. v. 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123); Genossenschafts-Ges. § 11 Nr. 3 in Verbindung mit d. Ges. v. 19. Mai 1871 (RGBl. S. 101)]. Während der Liquidation einer Handelsgesellschaft ꝛc. dauert die Kaufmannseigenschaft fort (ROHG. 19 S. 38, 23 S. 144, Keyßner a. a. O. S. 475).

Von Amtswegen darf die Sache deshalb, weil Beklagter nicht Kaufmann ist, nicht vor die Civilkammer verwiesen werden (§ 103 Abs. 2).

6) — „aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) sind" — Der Entw. enthält statt dessen nach dem Vorbilde des Ges. v. 12. Juni 1869 die Worte „aus dessen Handelsgeschäften" neben dem gleichen Allegat. Während aber die Subkommission (s. d. allg. Bem. unter 1) auch auf Seiten des Klägers die Kaufmannseigenschaft erfordern wollte, empfahl der Abg. Wolffson, das Kriterium objektiver zu fassen und in die Eigenschaft des Geschäfts als eines zweiseitigen Handelsgeschäfts zu verlegen. Seine Vorschläge erhielten zwar zunächst nicht die Stimmenmehrheit. Als er jedoch in der zweiten Lesung die jetzige Fassung beantragte, wurde dieser Antrag trotz des Widerspruchs des Vertreters der Reichsregierung von der RTK. angenommen und auch vom Reichstage einem Antrage auf Herstellung des Entwurfs gegenüber aufrechterhalten (Sten. Ber. a. a. O. S. 164, 165), während der Antrag anderer Abg., vor „gegen einen Kaufmann" einzuschalten: „von einem Kaufmann", von der RTK. abgelehnt wurde.

Der Zweck war, wie der Antragsteller nochmals hervorhob, vorzugsweise die materielle Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses als eines aus dem eigentlichen Handelsverkehr entstandenen entscheiden zu lassen (vgl. auch R. E. § 15 Nr. 1).

Das Gesetz entfernt sich danach von dem freilich eben nur für das materielle Recht maßgebenden Gedanken des Art. 277 HGB. (s. ROHG. 15 S. 390) und beschränkt die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, wenngleich es die Kaufmannseigenschaft des Klägers nicht besonders erfordert, im Wesentlichen doch, abgesehen von den absoluten Handelsgeschäften des Art. 271, auf Geschäfte unter Kaufleuten aus dem Gebiete der Art. 272—274 d. HGB., da hier die Eigenschaft des Geschäfts als Handelsgeschäft von dem Gewerbebetrieb des Unternehmers abhängt. Streitigkeiten der Kaufleute mit nicht kaufmännischen Produzenten und Konsumenten, Klagen der Nichtkaufleute gegen Fabrikanten, Spediteure, Kommissionäre u. dgl. m. sind ausgeschlossen. (Vgl. auch Hauck S. 143.)

— „beider Kontrahenten" — Daß die Kontrahenten gerade mit den Parteien identisch seien, ist nicht nothwendig (Keller S. 141, Endemann I S. 104 u. A.). Gleichgültig ist auch, ob die Eigenschaft als Handelsgeschäft für beide Kontrahenten auf demselben Grunde beruht. Streiten Rechtsnachfolger der ursprünglichen Kontrahenten, so kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsnachfolge sich auf ein beiderseitiges Handelsgeschäft gründet (vgl. Keyßner a. a. O. S. 774 Anm. 93, Keller S. 140 Anm. 36, Turnau a. a. O. S. 453 Anm. 16 u. A.).

7) Nr. 2: Die Vorschrift stimmt mit den Wünschen des Deutschen Handelstags und fast allen früheren deutschen Gesetzgebungen (s. auch § 13 Nr. 2 d. Ges. v. 12. Juni 1869) sowie dem franz. Rechte überein. Auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien und den handelsgeschäftlichen Ursprung des Wechsels kommt es nicht an.

— „aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung" — Die Worte haben hier keine andere Bedeutung als in CPO. § 565 (s. das. Anm. 2). [Indessen rechnen die Bereicherungsklage aus Art. 83 d. CPO. hierher Thilo S. 156, Turnau a. a. O. S. 462 u. A.]

Kaufmännische Anweisungen im Sinne der betreffenden Partikulargesetze, z. B. des Sächs. Ges. v. 7. Juni 1849, oder die in Art. 302—304 d. HGB. bezeichneten Papiere stehen hier den Wechseln nicht gleich.

Ob im Wechselprozesse (CPO. § 565 ff.) bzw. Urkundenprozesse oder im ordentlichen Verfahren geklagt wird, ist unerheblich.

8) Nr. 3: Dieselbe führt eine Reihe von Rechtsverhältnissen auf, welche nicht nothwendig auf einem Handelsgeschäfte (Nr. 1) beruhen, aber, wie die Mot. bemerken, so ausschließlich dem Gebiete des Handels angehören und so eng mit dem Betriebe des Handelsgewerbes zusammenhängen, daß ihre unbedingte Ueberweisung an die Handelsgerichte (jetzt Kammern für Handelssachen) Bedürfniß ist, wenn auch im Einzelnen die Voraussetzung, daß der Beklagte Kaufmann ist, nicht zutrifft. Der Inhalt der Nr. 3 ist, abgesehen von c, aus § 13 Nr. 3 des Ges. v. 12. Juni 1869 und diese wiederum aus dem Preuß. EG. z. HGB. Art. 2 Nr. 2—7, 47 Nr. 3 entnommen (s. auch R. E. § 15 Nr. 3).

9) a: — „einer Handelsgesellschaft" — Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie eine Aktiengesellschaft gelten als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht (HGB. Art. 174, 208). Gewöhnliche Genossenschaften gehören nicht hierher, während die eingetragenen als Kaufleute (Nr. 1), aber nicht als Handelsgesellschaften (Nr. 3a) gelten. (So auch Endemann I S. 108 Anm. 1a. A. M.: Keller S. 142, Wilm. Levy Anm. 9. Turnau a. a. O. S. 463 unterscheidet, ob die Genossenschaft ein Handelsgewerbe betreibt.)

— „zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber eines Handelsgewerbes" — vgl. HGB. Art. 250—265.

— „zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handels-

geschäften" — die sog. a conto meta = Geschäfte (Partizipationsgesellschaft); vgl. HGB. Art. 266—270.

— „oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 des Handelsgesetzbuchs)" — d. h. einer solchen, welche keine Handelsgesellschaft bildet (HGB. Art. 10 Abs. 2).

— „sowohl — Verhältnisses" — Diese Worte beziehen sich auf alle unter a vorangehend bezeichneten Rechtsverhältnisse. Vgl. HGB. Art. 144, 172, 244. Die Dauer der Liquidation kommt hier nicht in Betracht. Hierher gehören auch Streitigkeiten nach HGB. Art. 133 Abs. 2 über die Frage, durch wen die Liquidation zu bewirken sei, während die Zuständigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur eintritt, wenn kein Streit obwaltet (RG. XIII S. 155).

„Vorstehern einer Handelsgesellschaft" — Diese kommen nur bei der Aktiengesellschaft vor. Vgl. HGB. Art. 227 ff.

10) b: vgl. HGB. Art. 15 ff., besonders Art. 27.

c: Die von der RTK. auf Antrag des Abg. Becker eingeschaltete Vorschrift steht im Einklange mit den Ges. v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143) u. v. 11. Jan. 1876 (RGBl. S. 11).

Die Erweiterungen, welche § 13 des Ges. v. 12. Juni 1869 durch zahlreiche andere Reichsgesetze, z. B. Ges. über das Urheberrecht v. 11. Juni 1870 § 32 (BGBl. S. 339), Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 10 (RGBl. S. 207), Bankgesetz v. 14. März 1875 § 50 (RGBl. S. 177), Patentgesetz v. 25. Mai 1877 § 37 (RGBl. S. 501) usw., erfahren hat, sind durch das GVG. hier nicht berücksichtigt, weil sie nicht vorwiegend dem Gebiete des Handels angehören (vgl. Anm. 1).

d: vgl. HGB. Art. 22, 23. Die Vorschrift trifft auch dann zu, wenn Rechtsnachfolger streiten (A. M.: Keller S. 144, Turnau a. a. O. S. 464). Vermiethung ist keine Veräußerung (A. M. Keller a. a. O.).

11) e: vgl. HGB. Art. 41—65.

— „zwischen dem Prokuristen — und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung" — Durch diese Worte wird im Gegensatz zu den folgenden das innere Verhältniß des Handelsgeschäfts (der Niederlassung) getroffen.

— „zwischen einer dritten Person" — Diese braucht nicht nothwendig Kaufmann zu sein, wie die RTK. bei der eventuellen Debatte zu setzen beschlossen hatte.

f: „Handelsmäkler im Sinne des Handelsgesetzbuchs" — vgl. HGB. Art. 66—68, 84. Für Privatmäkler kann § 101 Nr. 1 (wegen HGB. Art. 272 Nr. 4) anwendbar sein (s. Keller S. 145 Anm. 60, Turnau a. a. O. S. 464, 465, Wilm. Levy Anm. 14. A. M. anscheinend Endemann I S. 109, 110).

— „zwischen diesem und den Parteien" — vgl. das. Art. 80—83.

g: vgl. HGB. Art. 432 ff., Seemannsordn. v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409), Strandungsordn. v. 17. Mai 1874 §§ 39, 44 (RGBl. S. 73), GVG. §§ 109 Abs. 3; 114.

— „insbesondere" — Die hier aufgeführten Fälle sind nur Beispiele. Die Verhältnisse der Flußschifffahrt gehören jedoch nicht hierher und ebensowenig Ansprüche aus Versicherungen als solche (Mot. S. 128).

12) Meß= und Marktsachen (CPO. § 30) als solche gehören nicht vor die Kammer für Handelssachen (anders N. E. § 15 Nr. 4).

13) § 101 gilt auch für die Hauptintervention (§ 108). Hinsichtlich der Nebenintervention macht die Anhängigkeit bei der Kammer für Handelssachen keinen Unterschied (s. Keyßner a. a. O. S. 478 ff.).

14) Die Landesgesetze dürfen die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht (wie nach § 13 des Ges. v. 12. Juni 1869) ausdehnen, auch nicht

§ 102. Die Verhandlung des Rechtsstreits erfolgt vor der Kammer für Handelssachen, wenn der Kläger dies in der Klageschrift beantragt hat. Die Einlassungsfrist (§. 234 Satz 1 der Civilprozeßordnung) beträgt mindestens zwei Wochen.

In den Fällen der §§. 466, 467 der Civilprozeßordnung hat der Kläger den Antrag auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgerichte zu stellen.

Entw. — Mot. — Prot. z. CPO. S. 500, 501. Prot. z. GVG. S. 531, 533, 534.

---

auf Zwangsversteigerungen (Entw. § 84. S. auch Turnau a. a. O. S. 443, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Endemann I S. 111 Anm. 40). Wegen der Aufgebotssachen s. CPO. § 823 Anm. 2.

15) Außerhalb des Gebiets der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit (s. EG. z. GVG. § 4) sind die Kammern für Handelssachen in Preußen nicht zuständig. Die Führung des Handelsregisters ꝛc. und andere durch das HGB. ꝛc. den Handelsgerichten übertragene Geschäfte sind durch § 25 d. AG. z. GVG. den Amtsgerichten überwiesen (s. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 18 ff.). Vgl. auch EG. z. CPO. § 13 Abs. 4.

§ 102.

Literatur: Wach I S. 364 ff., Planck I S. 42.

1) Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 handeln von den Voraussetzungen, unter welchen auf Antrag des Klägers (bzw. Widerklägers) eine Sache bei den Kammern für Handelssachen verhandelt werden kann. Danach hängt es stets von dem Kläger ab, ob er eine an sich vor die Kammer für Handelssachen gehörige Sache nicht dennoch bei der Civilkammer belassen will. In Ermangelung besonderen Antrags bewendet es bei der Zuständigkeit der letzteren. In beschränkter Weise kann aber auch der Beklagte die Verweisung an die Kammer für Handelssachen herbeiführen (§ 104). Umgekehrt ist, wenn in einer nicht unter § 101 fallenden Sache bei der Kammer für Handelssachen geklagt wird, das Gericht auch von Amtswegen zur Verweisung an die Civilkammer befugt (§§ 103, 105).

Eine nothwendige Besonderheit im Falle des Abs. 1 ist es, daß in der Klageschrift die Wahl ausgeübt werden muß (vgl. CPO. § 230 Nr. 3), damit der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen den Termin anberaumen kann (CPO. § 193). Ist die Klage bei der Kammer für Handelssachen anhängig, so bedarf es für die Widerklage keiner ausdrücklichen Erklärung des Widerklägers. Wegen des Falles, wo die Widerklage nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört, s. § 105 Abs. 1. Wegen der Wahl seitens des Beklagten vgl. §§ 103 Abs. 1, 104 Abs. 1, 105 Abs. 1, 106. Die Vorschriften stehen in gewisser Verwandtschaft mit den §§ 38, 39 d. CPO.

In den Fällen des Abs. 2 (Verweisung des Rechtsstreits seitens des nach §§ 466, 467 für unzuständig erklärten Amtsgerichts an das Landgericht) muß der Kläger bzw. Widerkläger sich schon vor dem Amtsgerichte erklären, und zwar, statt in der Klagschrift, in der mündlichen Verhandlung — bei Vermeidung der Zuständigkeit der Civilkammer; das Amtsgericht verweist, wenn die Klage und die Widerklage (s. §§ 103 Abs. 2, 104 Abs. 2) unter § 101 fallen, alsdann dem Antrage entsprechend die Sache sogleich an die Kammer für Handelssachen, vor welche hierauf behufs Fortsetzung der Sache ohne neue Klage zu laden ist (s. auch Entw. III z. CPO. § 448 Abs. 3; Hauser a. a. O. S. 409, Hauck S. 146, Keller S. 146, Wilm.-Levy Anm. 4, welche Letzteren jedoch lediglich den Antrag des Klägers bzw. Widerklägers maßgebend sein lassen. A. M. Turnau a. a. O. S. 469, welcher nur an das Landgericht verweisen will). Diese Verweisung ist jedoch nur im Verhältniß zum Landgericht, nicht zur Civilkammer bindend (§ 104 Anm. 3). Vgl. auch CPO. §§ 33 Anm. 5, 249 Anm. 2, 466 Anm. 2, 467 Anm. 3. Der Amtsrichter hat den Beklagten oder Widerbeklagten vor dessen Verhandlung zur Hauptsache auf die amtsgerichtliche Unzuständigkeit aufmerksam zu machen (CPO. § 465 Abs. 2).

§ 103. Wird vor der Kammer für Handelssachen eine vor dieselbe nicht gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Civilkammer zu verweisen.

Gehört die Klage oder die im Falle des §. 467 der Civilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen, so ist diese auch von Amtswegen befugt, den Rechtsstreit an die Civilkammer zu verweisen, so lange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verweisung von Amtswegen kann nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist.

Entw. — Mot. — Prot. S. 530, 531.

---

2) „Die Einlassungsfrist — zwei Wochen" — anstatt einen Monat. Die Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag der Abgg. Grimm u. Struckmann hinzugefügt, um die nöthige Beschleunigung in den Handelssachen über 300 Mark herbeizuführen. Für Meß- und Marktsachen, sowie wenn die Zustellung im Auslande vorzunehmen ist, bewendet es dagegen bei der Regel (CPO. § 234 Satz 2 u. Abs. 2).

§§ 103—107.

Die von der RTK. (Antrag Becker — s. d. allg. Bem.) eingeschalteten §§ 103—107 handeln von der, sei es wegen Unzuständigkeit oder wegen nachträglicher Ausdehnung des Rechtsstreits erfolgenden Verweisung des Rechtsstreits an die zuständige Civilkammer bzw. Kammer für Handelssachen. Letztere (nicht die Civilkammer) ist dazu in der Regel auch von Amtswegen befugt; die freiwillige Prorogation (und ebenso eine ausdrückliche Vereinbarung — vgl. Wach I S. 368, Planck I S. 43), wenn man diesen Ausdruck hier anwenden darf, ist also insoweit beschränkt.

§§ 103, 105 betreffen die Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen, § 104 die Verhandlung vor der Civilkammer; die §§ 106, 107 enthalten gemeinsame Vorschriften.

Wegen der Vortheile der Verweisung (anstatt blos negativer Unzuständigkeitserklärung) s. CPO. § 249 Anm. 1.

Selbstverständlich wird die Rechtshängigkeit mit ihren Folgen durch die Zuweisung an eine andere Kammer nicht berührt (vgl. Wernz in Hauser, Zeitschr. a. a. O. S. 344).

Die Bestimmungen weichen — abgesehen von einigen Besonderheiten — von den allgemeinen Vorschriften über die exceptio fori (vgl. §§ 247—249, 465—467 d. CPO.) hauptsächlich insofern ab, als es sich hier nicht um die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit eines besonderen Gerichts, sondern um die Zuständigkeit einzelner Abtheilungen innerhalb desselben Gerichts handelt, welche durch eine einmalige Entscheidung endgültig geregelt wird (§ 107). [Vgl. auch Wach I S. 358, Planck a. a. O., Petersen in Busch, Zeitschr. II 204—207.]

Die Verhandlung und Entscheidung über die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen (§§ 103—106) ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3); vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 103.

1) Abs. 1: — „eine vor dieselbe nicht gehörige Klage zur Verhandlung gebracht" — sei es nach § 102 Abs. 1 oder in Folge von Verweisung nach § 102 Abs. 2. Es kommt darauf an, daß der Anspruch den Erfordernissen des § 101 Nr. 1—3 entspricht. Auch im Wege der objektiven Klagenhäufung (CPO. § 232) darf ein nicht unter eine dieser Kategorieen fallender Anspruch nicht vor die Kammer für Handelssachen gezogen werden (eine besondere Vorschrift, wie in § 14 d. Ges. v. 12. Juni 1869, fehlt). Selbst dann ist die Zuständigkeit der letzteren ausgeschlossen, wenn einer von mehreren Klagegründen sich nicht dafür eignet (s. Wach I S. 359, Turnau a. a. O. S. 474 Anm. 8, Wilm. Levy Anm. 1 u. § 104 Anm. 1).

Wegen der im § 15 des Ges. v. 12. Juni 1869 berührten besonderen Fälle entscheiden ebenfalls lediglich die allgemeinen Grundsätze (vgl. CPO. §§ 685—690, 799, 805 ff.). Soweit danach das Prozeßgericht erster Instanz bzw. das Arrestgericht für zuständig erklärt ist und die Kammer für Handelssachen in erster Instanz erkannt bzw. den Arrestbefehl erlassen hat, bleibt diese auch für die weitere Verhandlung und Entscheidung zuständig.

In Betreff anderer zweifelhafter Fälle (der Widerklage, Hauptintervention usw.) vgl. §§ 105, 108. Wegen der Verbindung s. § 138 Anm. 1 a. E.

2) — „auf Antrag des Beklagten" — Der Antrag entspricht der „Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts"; er folgt an sich den allgemeinen Vorschriften (s. d. allg. Bem. zu §§ 103—107); vgl. aber §§ 106, 107.

Wird der Einwand von dem erschienenen Gegner nicht erhoben, so tritt, abgesehen von Abs. 2 und § 105 Abs. 2, gleichsam eine stillschweigende Prorogation ein (vgl. CPO. § 39 Anm. 1).

Der Kläger kann die Verweisung nicht verlangen, sofern es sich nicht um im Laufe des Prozesses erhobene Klagen handelt (vgl. Wach I S. 367).

3) Abs. 2: Die Bestimmung entspricht dem (in Folge der Beseitigung der Handelsgerichte gestrichenen) Abs. 2 des § 38 d. Entw. III z. CPO. Die darin enthaltene Ausnahme von der regelmäßigen Zulässigkeit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung über die „Zuständigkeit" der Kammer für Handelssachen (vgl. CPO. § 38) wird in den Mot. jenes Entw., wie folgt, begründet:

„Die Organisation und die auf bestimmte Rechtsstreitigkeiten beschränkte Kompetenz der Handelsgerichte läßt es gerechtfertigt erscheinen, daß sie in einem einzelnen Falle eine gesetzlich nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörende Streitsache ungeachtet des übereinstimmenden Willens der Parteien, dieselbe vor den Handelsgerichten zu verhandeln, von sich abweisen dürfen. Im Interesse der Parteien ist aber eine solche Abweisung nur so lange für statthaft erklärt, als nicht eine mündliche Verhandlung zur Haupsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verhandlung und Entscheidung von prozeßhindernden Einreden beseitigt die Befugniß zur Abweisung noch nicht, da das Handelsgericht vielfach erst durch die Verhandlung zur Hauptsache in die Lage versetzt werden wird, mit Sicherheit beurtheilen zu können, ob die Sache zu seiner Kompetenz gehört oder nicht. Ebensowenig genügt ein Vertagungsbeschluß, um dem Handelsgerichte die Befugniß zur Abweisung zu entziehen; denn nur aus einem auf die Verhandlung zur Hauptsache selbst erlassenen Beschlusse läßt sich entnehmen, daß das Handelsgericht die Sache angenommen und auf sein Widerspruchsrecht verzichtet habe."

4) — „die im Falle — erhobene Widerklage" — nämlich vor dem Amtsgerichte, welches die Sache sodann an die Kammer für Handelssachen verwiesen hat (s. § 102 Anm. 1). [A. M. Endemann I S. 113, welcher jede vor der Kammer für Handelssachen erhobene Widerklage für gemeint hält.] Es findet also eine doppelte Verweisung statt. [Vgl. Löning in Busch, Zeitschr. IV S. 117.] Dies wird auch entsprechend dann anzuwenden sein, wenn eine solche Verweisung in den beiden anderen Fällen des § 467 d. CPO. erfolgt ist (CPO. §§ 240 Nr. 2 3; 253). Wegen anderer Widerklagen s. § 105.

— „befugt" — nicht verpflichtet, wie im Falle des Abs. 1 oder in dem Falle, wenn Beklagter nicht verhandelt (vgl. CPO. § 39 Anm.). [Der abweichenden Auslegung Hauser's a. a. O. S. 391 ff., welchem Baron a. a. O. S. 44, 45 beitritt, steht der erkennbare Gegensatz von „ist befugt" zu „ist zu verweisen" (Abs. 1) entgegen. (So auch Endemann I S. 113, Wilm. Levy Anm. 3, Löning a. a. O. S. 116, Renaud in Busch, Zeitschr. V S. 51, Wernz in Hauser, Zeitschrift III S. 344, Wach I S. 367, Planck I S. 43, 44 u. A.)] Für den Gebrauch der Befugniß wird die größere oder geringere Bedeutung der einen oder der anderen Sache entscheidend sein. Vgl. §§ 104 Abs. 4, 105 Abs. 2.

— „so lange nicht — verkündet" — Diese Ausdehnung der Becker'schen Anträge ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann beschlossen, welcher hervorhob, daß die

§ **104.** Wird vor der Civilkammer eine vor die Kammer für Handelssachen gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Kammer für Handelssachen zu verweisen. Ein Beklagter, welcher nicht in das Handelsregister eingetragen ist, kann den Antrag nicht darauf stützen, daß er Kaufmann ist.

Der Antrag ist zurückzuweisen, wenn die im Falle des §. 467 der Civilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage vor die Kammer für Handelssachen nicht gehören würde.

Zu einer Verweisung von Amtswegen ist die Civilkammer nicht befugt.

Die Civilkammer ist zur Verwerfung des Antrags auch dann befugt, wenn der Kläger demselben zugestimmt hat.

Entw. — Mot. — Prot. z. CPO. S. 484. Prot. z. GVG. S. 531, 532.

Unzuständigkeit sich oft erst in der mündlichen Verhandlung herausstellen werde, während eine Verzögerung nicht zu besorgen sei.

— „zur Hauptsache" — nicht „zur Sache", wie im § 106 (vgl. das. Anm. 1). Mit dieser Beschränkung ist die Verweisung auch im Versäumnißverfahren (jedoch nicht mehr nach Erlaß des Versäumnißurtheils) möglich. [S. auch Wilm. Levy Anm. 5 a. E., Endemann I S. 113, 114, Renaud a. a. O. S. 52 u. A. Turnau a. a. O. S. 472, 473 will die Verweisung noch nach eingelegtem Einspruch zulassen; indessen macht die Zurückversetzung (CPO. § 307) das Versäumnißurtheil nicht ungeschehen.]

Besondere Kosten können nicht verursacht werden, da der Rechtsstreit bei demselben Gericht bleibt, wie der Regierungskommissar in der RTK. bemerkte. Vgl. auch d. allg. Bem. zu d. §§ 103—107 a. E. u. CPO. § 467 Abs. 2 sowie GKG. § 30.

5) Satz 2 des Abs. 2 enthält eine das Prinzip des § 101 Nr. 1 einigermaßen mildernde Ausnahme von der Verweisungsbefugniß des Gerichts. Sie bezieht sich ausschließlich auf die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Beklagten (bzw. Widerbeklagten), soweit diese allein in Frage kommt; wo dieselbe nur unmittelbar für die Eigenschaft als Handelsgeschäft maßgebend ist, ist das Gericht nicht beschränkt (vgl. §§ 101 Anm. 5, 104 Abs. 1 Satz 2). [So auch Endemann I S. 114, Keller S. 147 Anm. 3, Turnau a. a. O. S. 473 Anm. 7; jetzt auch Wilm. Levy Anm. 6.]

§ 104.

1) Der § 104 behandelt den umgekehrten Fall im Vergleich mit § 103, nämlich alle Fälle der Verweisung durch die Civilkammer. Der Hauptunterschied liegt in der Unzulässigkeit der Verweisung von Amtswegen (Abs. 3).

2) Abs. 1: Satz 1 entspricht dem § 103 Abs. 1. Der Beklagte kann danach, wenn der Kläger die Handelssache bei der Civilkammer anhängig gemacht hat (vgl. § 102 Anm. 1), die Verweisung vor die Kammer für Handelssachen verlangen, aber nicht der Kläger als Widerbeklagter (Wilm. Levy Anm. 3, Wach I S. 366. A. M. Hauck S. 146).

Satz 2 wurde schon bei der eventuellen Diskussion (s. d. allg. Bem. z. Tit. 7) auf Antrag des Abg. Eysoldt von der RTK. angenommen. Derselbe enthält, umgekehrt wie § 103 Abs. 2 Satz 2, eine gewisse Verschärfung des § 101 Nr. 1, wodurch namentlich die Minderkaufleute des HGB. Art. 10 von der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen indirekt in gewissem Maße ferngehalten werden (vgl. § 101 Anm. 5). Auch das Zugeständniß des Klägers kann den Mangel nicht ersetzen (s. Keller S. 148, Turnau a. a. O. S. 478 Anm. 7). [Ueber den Einfluß der Nichteintragung in den verschiedenen Bundesstaaten s. Keyßner a./a. O. S. 485 ff.]

3) Abs. 2: Die Bestimmung, welche ein Beispiel der Zurückweisung des in Abs. 1 bezeichneten Antrags enthält, ist erst von der Redaktions-Komm. der RTK. hinzugefügt.

§ 105. Wird in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite die Klage in Gemäßheit des §. 253 der Civilprozeßordnung durch den Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses erweitert oder eine Widerklage erhoben und gehört die erweiterte Klage oder die Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Gegners an die Civilkammer zu verweisen.

Unter der Beschränkung des §. 103 Abs. 2 ist die Kammer zu der Verweisung auch von Amtswegen befugt. Diese Befugniß tritt auch dann ein, wenn durch eine Klagänderung ein Anspruch geltend gemacht wird, welcher nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört.

Entw. — Mot. — Prot. S. 533. Prot. z. CPO. S. 501–504.

— „die im Falle — Widerklage" — Auch hier ist die schon vor dem Amtsgericht erhobene gewöhnliche Widerklage (§ 33) oder Präjudizial-Inzidentwiderklage (§ 253) gemeint (s. § 103 Anm. 4). Die Widerklage soll in diesem Falle für die Zuständigkeit der Civilkammer entscheiden, auch wenn für die Hauptklage Abs. 1 zutrifft (s. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 3, Keller S. 148, Endemann I S. 115). Ueber den Fall, wenn erst vor der Civilkammer die (handelsrechtliche) Widerklage erhoben wird, fehlt es an einer Bestimmung. Indessen muß hier derselbe Grundsatz gelten (s. Löning a. a. O. S. 117, 118, Turnau a. a. O. S. 476 Anm. 3, Wilm. Levy §§ 102 Anm. 2, 104 Anm. 3).

Das Verweisungsurtheil des Amtsgerichts entscheidet in keinem Falle über die Zuständigkeit der einen oder anderen Kammer (§§ 102 Anm. 1, 103 Anm. 4; Hauser a. a. O. S. 409).

4) Abs. 3: Für die Civilkammer gilt — abweichend von §§ 103 Abs. 2, 105 Abs. 2 — das Prinzip freier Vereinbarung wie in § 38 d. CPO., weil ihre „sachliche Zuständigkeit" nicht wie die der Kammer für Handelssachen eine beschränkte ist. Vgl. auch Anm. 5.

5) Abs. 4: Derselbe steht mit dem Grundsatze im Einklang, daß für die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen nicht lediglich die Vereinbarung der Parteien entscheiden soll (vgl. §§ 103 Abs. 2, 105 Abs. 2), ein Grundsatz, welcher sonst leicht mit Hilfe des § 107 umgangen werden könnte. Selbstverständlich ist nicht an eine willkürliche Verwerfung gedacht (wie der Abg. Goldschmidt im Reichstage meinte, dessen Antrag auf Streichung des Abs. 4 abgelehnt wurde — Sten. Ber. a. a. O. S. 295–298). [Vgl. § 105 Anm. 3, Keller S. 144, Hauck S. 160 Anm. 4.] Andererseits handelt es sich (wie in § 103 Abs. 2) nur um eine Befugniß. Vgl. § 103 Anm. 4. (So auch Endemann I S. 116. A. M.: Wilm. Levy Anm. 5, Turnau a. a. O. Anm. 8.)

§ 105.

1) § 105 faßt im Gegensatz zu § 103 den Fall in's Auge, wo nachträglich in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite die Zugehörigkeit vor dieselbe beseitigt wird. Der Entw. III d. CPO. § 448 Abs. 1, 2 schlug hierfür einen anderen Weg ein, indem er, von dem Falle der Widerklage ganz absehend, im Falle des § 253 d. CPO. den Antrag auf Feststellung eines nicht zur handelsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Rechtsverhältnisses auf Antrag oder von Amtswegen zurückweisen ließ. Während noch bei der eventuellen Diskussion ein jener Bestimmung entsprechender Antrag der Subkommission (s. d. allg. Bem. zu diesem Titel) unter Ablehnung abweichender, auf dem Prinzip des § 14 d. Ges. v. 12. Juni 1869 beruhender Anträge von der RTK. angenommen worden war, erklärte sich diese demnächst nach dem Antrage des Abg. Becker für den § 105 in seiner jetzigen Gestalt.

2) Abs. 1: Durch diese Bestimmung wird zunächst das Recht der Parteien auf die Inzidentfeststellungsklage gewahrt, welches der Entw. verletzte, und zugleich der in letzterem nicht in demselben Maße berücksichtigte Fall der gewöhnlichen Widerklage (CPO. § 33) in gleicher Weise behandelt. Denn der Ausdruck „eine Widerklage" umfaßt sowohl diese als die des § 253 d. CPO. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn der Beklagte sich nicht darauf beschränkt,

§ 106. Der Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an eine andere Kammer ist nur vor der Verhandlung des Antragstellers zur Sache zulässig.

Ueber den Antrag ist vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 530—532.

§ 107. Gegen die Entscheidung über Verweisung eines Rechtsstreits an die Civilkammer oder an die Kammer für Handelssachen findet kein Rechtsmittel statt. Erfolgt die Verweisung an eine andere Kammer, so ist diese Entscheidung

---

die Aktivlegitimation des Klägers zu bestreiten, sondern sein eigenes Erbrecht festgestellt zu sehen wünscht (wie in der RTK. von dem Regierungskommissar Hauser entwickelt wurde).

Auf eine bloße Gegenforderung ist die Bestimmung nicht auszudehnen (A. M. Schollmeyer, Kompensationseinrede S. 49).

Auf den höheren oder geringeren Werth der einen oder der anderen Sache kommt es nicht an (anders § 14 d. Ges. v. 12. Juni 1869). Für die Zuständigkeit der Civilkammer entscheidet vielmehr lediglich der Umstand, daß die Kammer für Handelssachen für die erweiterte Klage oder die Widerklage nach § 101 nicht zuständig ist.

Die gewöhnliche Klagänderung (CPO. §§ 235 Nr. 3, 240, 241) ist hier nicht, wie in Abs. 2, besonders erwähnt. Es versteht sich von selbst, daß dieselbe ebenso wie die hier hervorgehobene Erweiterung der Klage zu behandeln ist. Vgl. CPO. § 467 Abs. 1. (Uebereinstimmend Endemann I S. 117, Keller S. 150, Hauck S. 146, Wilm. Levy Anm. 6.)

3) Abs. 2: Abgesehen von dem Antrage des Gegners (Abs. 1), hat das Gericht die Befugniß, wie in § 103 Abs. 2, die Verweisung auch von Amtswegen auszusprechen. Vgl. § 103 Anm. 4.

— „unter der Beschränkung des § 103 Abs. 2" — d. h. der im Satz 1 a. E. und im Satz 2 das. enthaltenen beiden Beschränkungen („solange nicht — nicht Kaufmann ist"); vgl. das. Anm. 4, 5.

Satz 2 stellt außer Zweifel, daß die Befugniß auch bei gewöhnlicher (zulässiger) Klagänderung, nicht blos bei der Inzidentfeststellungsklage, stattfindet (s. Anm. 2). Die Parteien würden es sonst vollkommen in der Hand haben, durch vereinbarte Klagänderung in jedem Falle die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen herbeizuführen.

4) Für die Anwendung des § 105 ist es unerheblich, ob schon vor der Anbringung der Widerklage usw. eine Verweisung an die Kammer für Handelssachen stattgefunden hat; § 107 wird hierdurch nicht berührt (vgl. Hauck S. 147, Turnau a. a. O. S. 480).

§ 106.

1) Abs. 1 enthält eine gemeinsame Vorschrift für die Fälle der §§ 103 Abs. 1, 104 Abs. 1, 105 Abs. 1.

— „zur Sache" — umfaßt im Gegensatz zu dem Ausdrucke „zur Hauptsache" (vgl. § 103 Abs. 2, CPO. §§ 243, 247, 465, 490, 557) die prozeßhindernden Einreden mit; der Antrag auf Verweisung muß mithin vor der Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden gestellt werden und unterscheidet sich auch insofern von der (gewöhnlichen) Einrede der Unzuständigkeit. Vgl. CPO. §§ 43 Anm. 2, 247 Anm. 1, 298 Anm. 1.

Wegen der Verweisung von Amtswegen, welche noch in einem späteren Zeitpunkte des Verfahrens zulässig ist, s. §§ 103 Anm. 4, 105 Anm. 3.

2) Abs. 2: Die Vorschrift ist kategorisch (anders CPO. § 248). Ein besonderer Antrag auf Präjudizialentscheidung ist nicht erforderlich. Die Entscheidung erfolgt im Falle eines Zwischenstreits durch Zwischenurtheil (CPO. § 275 Anm. 1b), sonst durch Beschluß (das. § 294 Anm. 1) und bedarf nur der Verkündung, nicht der Zustellung (A. M. Keller S. 151, 152 im Falle des § 100 Abs. 2). Die Abweisung von der betreffenden Kammer ist mit der Verweisung an die andere gleichbedeutend (vgl. OLG. Dresden in Busch, Zeitschr. VI S. 537).

für die Kammer, an welche der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend. Der Termin zur weiteren mündlichen Verhandlung wird von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

Entw. — Mot. — Prot. S. 530—532. Prot. z. CPO. S. 482—484.

§ 108. Bei der Kammer für Handelssachen kann ein Anspruch in Gemäßheit des §. 61 der Civilprozeßordnung nur dann geltend gemacht werden, wenn der Rechtsstreit nach den Bestimmungen des §. 101 vor die Kammer für Handelssachen gehört.

Entw. — Mot. — Prot. S. 533.

§ 107.

1) § 107 enthält gemeinsame Vorschriften für alle Fälle der §§ 103—105, betrifft mithin sowohl die seitens der Civilkammer oder der Kammer für Handelssachen (nicht auch des Amtsgerichts) von Amtswegen beschlossene Verweisung als diejenige, welche auf Antrag erfolgt.

Eine „Entscheidung über Verweisung" ist auch die Ablehnung eines Verweisungsantrags. Ist dagegen die Verweisung in Fällen, wo sie von Amtswegen hätte erfolgen können, einfach unterlassen, so ist eine Anfechtung schon wegen eingetretener Präklusion, aber auch deshalb unzulässig, weil es sich nur um eine Befugniß der Kammer handelt (s. §§ 103 Abs. 2, 105 Abs. 2, 106; Endemann I S. 113, 119; vgl. auch Hauser a. a. O. S. 393, Turnau a. a. O. S. 481 u. A.).

2) Satz 1: Diese Vorschrift, welche die Nachtheile von Kompetenzzweifeln abschwächen soll, war schon bei der eventuellen Debatte (s. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 1) auf Antrag des Abg. Becker von der RTK. gebilligt. Ausgeschlossen sind nur die Rechtsmittel (Berufung, Beschwerde), nicht der Einspruch; indessen ist letzterer nur dann denkbar, wenn unter Ablehnung der Verweisung ein Versäumnißurtheil in der Sache selbst erlassen ist (vgl. § 307, Wilm. Levy Anm. 1).

3) Das Prinzip des Satz 2 hat die gleiche Tendenz wie Satz 1 und ist in CPO. § 11 zur Geltung gebracht. Einer besonderen Bestimmung, daß der Rechtsstreit als anhängig (bei der zuständigen Kammer) gelte (vgl. CPO. §§ 249 Anm. 2, 466 Abs. 2, 467 Abs. 2), bedarf es hier nicht, da es sich um verschiedene Kammern desselben Gerichts handelt. Das Prinzip gilt übrigens nicht für die Verweisung im Falle des § 102 Abs. 2 (s. §§ 102 Anm. 1, 104 Anm. 3).

4) Satz 3: Während nach allgemeinen Grundsätzen die betreibende Partei zu einem neuen Termine zu laden haben würde (CPO. §§ 193, 249 Anm. 2, 466 Anm. 2), soll hier die Bestimmung und (formlose — vgl. CPO. § 191 Anm. 2c) Bekanntmachung des Termins von Amtswegen erfolgen, wie in dem Falle des EG. z. CPO. § 7 Abs. 3. Die Bestimmung ist Sache des Vorsitzenden der zuständigen Kammer, welchem von dem Vorsitzenden der verweisenden Kammer die erfolgte Verweisung mitzutheilen ist (nicht des Landgerichts-Präsidenten). Daher ist von der RTK. der Passus „hat der Präsident zu bestimmen ꝛc." entsprechend geändert.

§ 108.

1) Der von der RTK. auf Antrag des Abg. Becker aufgenommene § 108 entspricht dem § 61 Abs. 2 des Entw. III d. CPO. und modifizirt den Grundsatz des § 61 d. CPO. insofern, als die Kammer für Handelssachen nur dann mit der Hauptintervention befaßt werden darf, wenn diese nach § 101 vor jene Kammer gehört. (Vgl. Hellmann I S. 225, 226.) In dem Falle des § 101 Nr. 1 müssen also beide Parteien des Hauptprozesses Kaufleute sein.

Der Hauptintervenient kann sich indessen auch an die Civilkammer des Landgerichts wenden, bei dessen Kammer für Handelssachen der Rechtsstreit anhängig ist (vgl. Planck I S. 43 Anm. 13).

Für die Klage des § 690 CPO. reichen die allgemeinen Grundsätze aus.

2) Auch für die Fälle des § 108 gelten die §§ 102—107.

§ 109. Die Kammern für Handelssachen entscheiden in der Besetzung mit einem Mitgliede des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern.

Sämmtliche Mitglieder der Kammer für Handelssachen haben gleiches Stimmrecht.

In Streitigkeiten, welche sich auf das Rechtsverhältniß zwischen Rheder oder Schiffer und Schiffsmannschaft beziehen, kann die Entscheidung durch den Vorsitzenden allein erfolgen.

Entw. § 92. Mot. S. 137–139. Prot. S. 532. Prot. z. CPO. S. 495.

---

§ 109.

1) Das Gesetz beschränkt sich auf die Feststellung der Zahl der in jedem Falle entscheidenden Richter und des Verhältnisses der dabei theilnehmenden kaufmännischen und rechtsverständigen Richter.

2) Abs. 1: Die Dreizahl entspricht dem § 77 Satz 1. Daß, abweichend vom franz. Recht, nicht ausschließlich Kaufleute, sondern zwei Kaufleute unter dem Vorsitze eines rechtsgelehrten Richters entscheiden, stimmt mit der Mehrzahl der deutschen Gesetzgebungen überein (s. d. Uebersicht in den Mot.).

Der Vorsitzende — in der Regel ein Mitglied des Landgerichts, ausnahmsweise (§ 110) ein Amtsrichter — hat alle Befugnisse, welche GVG. u. CPO. in die Hände eines Vorsitzenden legen (vgl. z. B. GVG. § 68, CPO. §§ 127, 130, 131 2c.). Wegen Ernennung des Vorsitzenden in Preußen s. § 67 Anm. 2, in Elsaß-Lothringen AG. v. 4. Nov. 1878 § 19 u. Ausf.-Verordn. des Reichskanzlers v. 13. Juni 1879 §§ 8—13 (GBl. S. 161); für die übrigen Bundesstaaten s. Keyßner a. a. O. S. 455 ff.

Selbstverständlich kann die Landesjustizverwaltung mehr als zwei Handelsrichter und eine angemessene Zahl von Stellvertretern bei einem Landgericht anstellen und einen Stellvertreter des Vorsitzenden aus den Mitgliedern des Landgerichts bzw. den Amtsrichtern ernennen. Vgl. f. Preußen die Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 26. Juli 1879 § 3 (JMBl. S. 210).

Sind mehrere Kammern für Handelssachen bei einem Landgericht eingerichtet, so wird die Landesjustizverwaltung auch die Geschäftsvertheilung unter dieselben regeln müssen, da die §§ 61—66 nicht anwendbar sind (§ 67). Vgl. § 100 Anm. 1, 3. Inwieweit die Landesjustizverwaltung die Vertheilung ihren Organen, z. B. dem Landgerichts-Präsidenten, delegiren will, unterliegt ihrem Ermessen. (Vgl. die angef. Allg. Verf. § 5.)

3) Abs. 2: Diese Vorschrift enthält eine Anwendung des § 116 auf die Abstimmungen. Zu den „Mitgliedern" gehört auch der Vorsitzende.

> „Bei den Abstimmungen tritt das Prinzip des § 116 in volle Wirkung, wie der zweite Absatz des § 109, um jeden Zweifel zu beseitigen, ausdrücklich hervorhebt, und ebenso haben die Handelsrichter während der Verhandlungen auch sonst alle Rechte der Beisitzer eines Kollegiums." (Mot.)

In letzterer Beziehung vgl. z. B. CPO. §§ 130 Abs. 3, 131, 149 Abs. 2 2c.

4) Abs. 3: Der Abs. 3, welcher in dem entsprechenden Passus der Becker'schen Anträge fehlte, ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. wieder hergestellt, da § 104 d. Seemannsordn. v. 27. Dezember 1872 (RGBl. S. 409) nur den Sühneversuch betrifft, während es sich hier um eine Entscheidung nach § 101 Nr. 3g handelt. Wie die Regierungskommissarien wiederholt bemerkten, hängt die Zuziehung der Handelsrichter in jedem der einschlagenden Fälle von dem Ermessen des Vorsitzenden ab.

> „Die Bestimmung . . . trägt einem praktischen Bedürfnisse Rechnung. Die erwähnten Streitigkeiten sind bei einfacher Sachlage oft sehr dringlicher Natur, z. B. bei Segelfertigkeit eines Schiffes, Abreise der Mannschaft usw. Die Handelsrichter werden in solchen Fällen nicht schnell genug herbeigeschafft werden können. Die Entscheidung muß getroffen werden, und ohne Schädigung der Parteien ist es nicht thunlich, die Verhandlung bis zum Zusammentritt des Kollegiums aufzuschieben". (Mot.)

Auf das Verfahren vor dem Vorsitzenden kommen die §§ 230 ff., nicht die §§ 456 ff. CPO.

§ 110. Im Falle des §. 100 Abs. 2 kann ein Amtsrichter Vorsitzender der Kammer für Handelssachen sein.

Entw. § 82. Mot. S. 119—121. Prot. —

§ 111. Das Amt der Handelsrichter ist ein Ehrenamt.

Entw. § 85. Mot. S. 129. Prot. S. 532. Prot. z. CPO. S. 494.

§ 112. Die Handelsrichter werden auf gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs für die Dauer von drei Jahren ernannt; eine wiederholte Ernennung ist nicht ausgeschlossen.

Entw. § 86. Mot. S. 129—134. Prot. S. 532. Prot. z. CPO. S. 494.

---

zur Anwendung (s. auch Turnau a. a. O. S. 485, Wilm. Levy Anm. 2). Es gilt daher auch Anwaltszwang. Ueber Berufungen und Beschwerden entscheidet das Oberlandesgericht. Vgl. d. allg. Bem. z. Tit. 7 unter 3.

§ 110.

Vgl. §§ 78 Abs. 2, 100 Anm. 3. Die Bestimmung des betreffenden Amtsrichters ist Sache der Landesjustizverwaltung. Vgl. § 22. Derselbe kann aus sämmtlichen Amtsrichtern des Landgerichtsbezirks entnommen werden. (S. auch Turnau a. a. O. S. 486. A. M. Thilo S. 165, welcher die Auswahl auf die Amtsrichter am Sitze der Kammer beschränkt.) In seinen Beziehungen als Vorsitzender der Kammer für Handelssachen unterliegt der Amtsrichter jedoch den allgemeinen Vorschriften für Landgerichte. Für Preußen s. AG. z. GVG. § 46 (oben § 67 Anm. 2).

§ 111.

Der Satz stimmt mit § 31 Satz 1 überein. Die Bestimmung hat zur Folge, daß das Amt unentgeltlich verwaltet wird. Auch Reisekosten werden (anders als nach §§ 55, 96) nicht vergütet.

„Auch ein Ersatz der dem Handelsrichter für die etwaigen Reisen zum Gerichtsort erwachsenden Reisekosten kann ihm nicht zugesichert werden. Der außerhalb des Gerichtsorts wohnhafte Kaufmann, der eine Ernennung als Handelsrichter annimmt, läßt sich dadurch gefallen, daß der Staat während seiner Amtsperiode auf seine Dienste am Gerichtsort rechnen kann." (Mot.)

Der ständige Charakter des Amts unterscheidet die Handelsrichter von den Schöffen. Ihm „entspricht ihre Ernennung, die längere Dauer von Jahren, für welche diese wirksam ist, die vollständige Ausrüstung mit den Rechten und Pflichten des Richteramts in Bezug auf ihr Amt" (Mot.). Vgl. §§ 112—117.

§ 112.

1) Das Gesetz verwirft das nach dem Vorbilde des älteren französischen Rechts im größten Theile Deutschlands geltende Wahlsystem und hält an der Ernennung durch die Träger der Justizhoheit fest. Die Landesgesetzgebung bestimmt, inwiefern dieselbe an Stelle des Staatsoberhaupts durch den Justizminister 2c. erfolgen kann. In Preußen werden die Handelsrichter vom Könige ernannt (AG. z. GVG. § 7). So auch nach d. Bayer. AG. z. GVG. Art. 1 u. Württ. AG. z. GVG. Art. 21. Vgl. oben § 6 Anm. 1.

Ein Unterschied im Vergleich mit den rechtsverständigen Richtern liegt in dem Erfordernisse eines gutachtlichen Vorschlags der Organe des Handelsstandes. Die nähere Feststellung, welches Organ die Vorschläge zu machen hat, und in welcher Art dies geschieht, ist landesgesetzlicher Regelung überlassen. Wo schon jetzt dergleichen Organe vorhanden sind [z. B. in Preußen die Handelskammern und kaufmännischen Korporationen 2c. — Ges. v. 24. Februar 1870 (GS. S. 134)], sind diese zu den fraglichen Vorschlägen berufen. Dem entsprechend enthält die näheren Bestimmungen für Preußen d. Allg. Verf. der Minister der Justiz und für Handel 2c. v. 26. Juli 1879 (JMBl. S. 211; Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 557).

Die Annahme des Amts ist, abweichend von dem der Schöffen (§ 35), nach Reichsrecht

§ 113. Zum Handelsrichter kann jeder Deutsche ernannt werden, welcher als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist, das dreißigste Lebensjahr vollendet hat und in dem Bezirke der Kammer für Handelssachen wohnt.

Personen, welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind, können nicht zu Handelsrichtern ernannt werden.

Entw. § 87. Mot. S. 129–135. Prot. S. 532. Prot. z. CPO. S. 494.

---

nicht obligatorisch. Indessen bleibt es der Landesgesetzgebung unbenommen, diesen Zwang (wie in Hamburg nach § 77 d. AG. z. GVG. u. in Bremen) für ihren Bereich einzuführen.

Die Landesgesetzgebung oder die Landesjustizverwaltung hat allgemeine Anordnung zu treffen, in welcher Reihenfolge die einzelnen Handelsrichter zu den Sitzungen heranzuziehen sind (s. Keller S. 155, Endemann I S. 122). Für Preußen s. § 5 Abs. 2, 3 d. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 26. Juli 1879 (JMBl. S. 210).

2) — „für die Dauer von drei Jahren" — zum Unterschiede von § 6. Die Dauer berechnet sich von der Zeit des Eintritts (vgl. Bremisches Ges. v. 14. Nov. 1882 — GB. S. 137), nicht nach dem gerichtlichen Geschäftsjahr (Kalenderjahr). Wegen der Zeit der Neuwahl s. für Preußen § 4 d. angef. Allg. Verf.

3) — „eine wiederholte Ernennung ist nicht ausgeschlossen" — abweichend vom franz. und dem früheren bremischen und hamburgischen Recht; dieselbe setzt, wie die Mot. bemerken, selbstverständlich den erneuten Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs voraus.

§ 113.

1) Die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Ernennung zum Handelsrichter schließen sich an das bestehende Recht und an die Vorschläge des D. Handelstags an. Indessen ist von dem durch letzteren befürworteten Erfordernisse einer bestimmten Dauer des Geschäftsbetriebs abgesehen.

2) — „jeder Deutsche" — vgl. Art. 3 Abs. 1 der Reichsverfassung, Ges. v. 1. Juni 1870 § 1 (BGBl. S. 355). Bestimmungen der Landesgesetze, wonach der Handelsrichter dem betreffenden Bundesstaate angehören muß, sind hiermit beseitigt, wie auch die Mot. hervorheben. Es genügt der Wohnsitz in dem Bezirke (s. CPO. § 13 Anm. 1).

— „als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft" — also nicht Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder Beamte von Handelsgesellschaften, wie nach d. EG. z. Bayer. PO. Art. 127 Nr. 1, oder Vorstände von Genossenschaften, Grubenvorstände u. dgl., wohl aber die offenen Gesellschafter sowie die persönlich haftenden Gesellschafter von Kommanditgesellschaften. (So auch Endemann I S. 123, Turnau a. a. O. S. 491 Anm. 3; vgl. Behrend, Lehrb. d. HR. I S. 105.)

— „in das Handelsregister eingetragen" — also nicht die Minderkaufleute des Art. 10 d. HGB.

— „oder eingetragen gewesen" — Die Zulassung ehemaliger Kaufleute ꝛc. ist mit Rücksicht auf die in Frankreich gemachten vortheilhaften Erfahrungen in dem Entw. vorgeschlagen und nirgends beanstandet worden.

3) Abs. 2 entspricht dem § 32 Nr. 3.

— „in Folge gerichtlicher Anordnung" — z. B. der Entmündigung, des Konkurses usw. Vertragsmäßige Beschränkungen sind nicht genügend.

— „über ihr Vermögen" — d. h. im Ganzen, nicht blos über einzelne Vermögensstücke (z. B. in Folge eines Arrestes).

„Daß Personen, welche in Folge strafgerichtlicher Verurtheilung zur Bekleidung von Aemtern nicht befähigt sind, auch nicht zu Handelsrichtern ernannt werden können, versteht sich von selbst (§§ 31, 33–35 des StrGB.)." (Mot.)

§ 114. An Seeplätzen können Handelsrichter auch aus dem Kreise der Schifffahrtskundigen ernannt werden.

Entw. § 88. Mot. S. 136. Prot. S. 532, 533. Prot. z. CPO. S. 494.

§ 115. Die Handelsrichter sind vor ihrem Amtsantritte auf die Erfüllung der Obliegenheiten des ihnen übertragenen Amts eidlich zu verpflichten.

Entw. § 89. Mot. S. 136. Prot. S. 533. Prot. z. CPO. S. 494.

§ 116. Die Handelsrichter haben während der Dauer ihres Amts in Beziehung auf dasselbe alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamten.

Entw. § 90. Mot. S. 136, 137. Prot. S. 533. Prot. z. CPO. S. 494.

---

§ 114.

1) Eigentliche Seegerichte oder besondere Kammern für Seesachen kennt das GVG. nicht (vgl. § 101 Nr. 3 g). Wegen der Untersuchung von Strandungsfällen durch die Strandämter s. Strandungsordn. v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73). Die vorliegende Bestimmung, welche den § 113 insoweit modifizirt, soll aber die Möglichkeit bieten, in Civilsachen, in welchen es sich um seerechtliche Fragen handelt, neben den Rhedern, welche zu den „Kaufleuten" gehören, auch andere Sachverständige zu der Rechtsprechung heranzuziehen. Die Entscheidung darüber, inwieweit dies geschehen soll, fällt nicht ausschließlich der Landesgesetzgebung anheim. Sie kann vielmehr auch durch die im Wege der Justizverwaltung erfolgende Ernennung von dergleichen Personen ohne vorangegangene mehr oder weniger allgemeine landesgesetzliche Ermächtigung bewirkt werden. (Zustimmend Turnau a. a. O. S. 492 Anm. 1.)

An sich sind die nach § 114 ernannten Handelsrichter zur Mitwirkung in allen vor die Kammer gehörigen Sachen befugt.

2) „An Seeplätzen" — Auf diese ist die Ausnahme beschränkt. Es kommt auf den Sitz der Kammer (§ 100), nicht auf den Wohnsitz der Schifffahrtskundigen an.

„Schifffahrtskundigen" — Der Ausdruck ist absichtlich etwas weiter gewählt, als der im Entw. enthaltene „Schiffer oder gewesene Schiffer" (vgl. Seemannsordn. §§ 2, 3). Es werden also auch Steuerleute und andere Techniker berufen werden können.

§ 115.

Die Fassung entspricht dem § 3 des Reichsbeamten-Gesetzes v. 31. März 1873.

Die Norm des Diensteides und überhaupt die Art der Beeidigung zu bestimmen, bleibt den Landesgesetzen überlassen. Für Preußen s. Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 29. Mai 1884 (JMBl. S. 108).

§ 116.

1) Obwohl § 11 die Handelsrichter von der Anwendung der §§ 2—8 ausnimmt, ist hier doch der wichtige staatsrechtliche Grundsatz ausgesprochen, daß die Handelsrichter alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamten in Betreff ihres Amtes haben. Sie sind also auch Staatsbeamte. (Vgl. auch Laband, Staatsr. d. D. Reichs III, 2 S. 152, 153. A. M.: Keyßner a. a. O. S. 468 Anm. 66, Turnau a. a. O. S. 494 Anm. 7.) Ob jedoch die von diesen bzw. den Richtern handelnden Vorschriften spezieller Landesgesetze auf sie anwendbar sind, ist jedesmal zu prüfen. Die Worte „während der Dauer ihres Amts" enthalten eine Einschränkung, da für ehrenvoll entlassene Staatsbeamte die Ehren- und Vermögensrechte, welche das Amt gewährt, sonst in gewissem Maße fortdauern.

Auch die §§ 41—48 d. CPO. sind auf die Handelsrichter anwendbar (s. d. allg. Bem. dazu unter 3 — oben S. 41).

2) Eine Folge des Grundsatzes ist, daß auch die Disziplinarvorschriften, soweit dies bei der Natur des Amts möglich, auf die Handelsrichter anzuwenden sind, wenngleich diese andrerseits nicht den reichsrechtlichen Schutz des § 8 genießen. Wie die Mot. mit Recht hervor-

§ 117. Ein Handelsrichter ist seines Amts zu entheben, wenn er eine der für die Ernennung erforderlichen Eigenschaften nachträglich verliert.

Die Enthebung erfolgt durch den ersten Civilsenat des Oberlandesgerichts nach Anhörung des Betheiligten.

Entw. § 91. Mot. S. 137. Prot. S. 533. Prot. z. CPO. S. 495.

§ 118. Ueber Gegenstände, zu deren Beurtheilung eine kaufmännische Begutachtung genügt, sowie über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann die Kammer für Handelssachen auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 534.

---

heben, sind sie jenen Disziplinarvorschriften (s. § 8 Anm. 5) auch hinsichtlich ihres außeramtlichen Verhaltens unterworfen. Wegen der dienstlichen Aufsicht in Preußen s. d. AG. z. GVG. § 78. — Nach d. Hamb. AG. v. 23. April 1879 Art. 77 unterliegen die Handelsrichter den §§ 56, 96 d. GVG., falls sie sich den Obliegenheiten ihres Amts entziehen. Die in § 56 bezeichneten Entscheidungen erläßt das Präsidium des Landgerichts.

§ 117.

§ 117 ermöglicht es, in dem vorausgesetzten Falle (s. z. B. § 113 — nicht auch in den Fällen der §§ 58 ff. d. Ges. v. 7. Mai 1851, wie Thilo S. 170 Anm. 1 will; vgl. auch Wilm.-Levy Anm. 1) „ohne weitläufiges Verfahren" den Handelsrichter seines Amtes zu „entheben" (s. § 8 Anm. 12). Abs. 2 bestimmt nur die Behörde (vgl. §§ 119, 120) und daß der Handelsrichter vorher zu hören ist. Das Weitere bleibt der Landesgesetzgebung oder reglementarischer Anordnung überlassen. Ein Rechtsmittel gegen die Enthebung ist nicht gegeben.

> „Beantragt der Handelsrichter selbst seine Enthebung, so kann dieselbe selbstverständlich nur durch dasjenige Organ erfolgen, welchem landesgesetzlich die Ernennung zusteht." (Mot.)

Vgl. § 112 Anm. 1.

§ 118.

1) Der § 118 entspricht dem § 451 des Entw. III d. CPO. Die Vorschrift dient zur Vereinfachung des Verfahrens, wie die Mot. bemerken, und stimmt mit vielen neueren Gesetzen und Entwürfen überein (z. B. Bayer. PO. Art. 513, Württ. PO. Art. 522, HGO. f. Bremen §§ 53, 54, P. E. § 930, H. E. § 369, N. E. § 671 ꝛc.). Sie enthält nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes (vgl. CPO. § 368 Anm. 2, Dernburg I S. 257 Anm. 6). Beispiele s. bei Keyßner a. a. O. S. 488 Anm. 144, welcher den Gegensatz zur Notorietät (§ 264 CPO.) mit Recht hervorhebt. (Vgl. auch OLG. Dresden in Busch Zeitschr. VI S. 538.) Die „eigene Sachkunde und Wissenschaft" kann dem Vorsitzenden durch die Handelsrichter vermittelt werden. Selbstverständlich bleibt es — wie in der RTK. konstatirt wurde — dem Gerichte unbenommen, über Gegenstände der bezeichneten Art auch ein Gutachten anderer Sachverständigen einzuholen. Vgl. CPO. §§ 135, 367 Anm. 2. Der höhere Richter kann von einer Beweisaufnahme über die Gegenstände des § 118 ebenfalls absehen, wenn er den (keineswegs unanfechtbaren) Ausspruch der Kammer für Handelssachen nicht anzweifelt (s. RG. II S. 383, X S. 92 u. in Gruchot, Beitr. XXVIII S. 1057).

2) „Handelsgebräuchen" — seien es Handelsgewohnheitsrechtssätze (vgl. CPO. § 265) oder faktische Gebräuche. (Vgl. Behrend, Lehrb. d. HR. I S. 78 ff., Endemann in s. Handb. d. H.-, See- u. WR. I S. 41 ff.) Warum das Handelsgewohnheitsrecht, abweichend von Art. 1 d. HGB., hier ausgeschlossen sein soll (so Turnau a. a. O. S. 495 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 1), ist nicht abzusehen. Erst in der Revisionsinstanz tritt eine Abweichung hervor (s. CPO. § 512 Anm. 3, Behrend a. a. O. S. 84).

Achter Titel. **Oberlandesgerichte.**

§ 119. Die Oberlandesgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Senatspräsidenten und Räthen besetzt.

Entw. § 93. Mot. S. 140. Prot. S. 389.

§ 120. Bei den Oberlandesgerichten werden Civil- und Strafsenate gebildet.

Entw. § 94. Mot. S. 140. Prot. S. 389.

§ 121. Die Bestimmungen der §§. 61—68 finden mit der Maßgabe Anwendung, daß zu dem Präsidium stets die beiden ältesten Mitglieder des Gerichts zuzuziehen sind.

Entw. — Mot. — Prot. S. 389, 390.

§ 122. Zu Hülfsrichtern dürfen nur ständig angestellte Richter berufen werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 389, 390.

Achter Titel.

1) „Die Oberlandesgerichte sind, wie die Gerichte erster Instanz, von dem Entwurf als Gerichte gedacht, welche der Landesjustizhoheit ihre Entstehung verdanken, von den Landesjustizverwaltungen gebildet und nach ihrer näheren Einrichtung bestimmt werden." (Mot.)

Die §§ 121, 122 sind von der RTK. eingeschaltet.

Eine Uebersicht der 28 Deutschen Oberlandesgerichte mit vielen statistischen Angaben, auch den Namen der Richter s. bei Pfafferoth, Jahrb. d. D. Gerichtsverfassung 1886 S. 50ff., 60, 75ff.

2) Die innerhalb des Bezirks eines Oberlandesgerichts zugelassenen Rechtsanwälte bilden eine Anwaltskammer, die ihren Sitz am Orte des Gerichts hat (RAO. § 41).

3) Vgl. für Preußen AG. z. GVG. §§ 47—57. Die Sitze und Bezirke der Oberlandesgerichte sind durch §§ 1 u. 3 des Ges. v. 4. März 1878 (GS. S. 109) bestimmt. (S. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 34 ff., 73 ff.)

§§ 119, 120.

Die §§ 119, 120 entsprechen den §§ 58, 59. Vgl. die Anmerkungen daselbst.

§ 121.

Vgl. die Anmerkungen zu den §§ 61—68; s. auch § 133 u. EG. z. GVG. § 20 Abs. 1. — „die beiden ältesten" — statt des ältesten in § 63 Abs. 2. Es kommt auf das Dienstalter, bei gleichem Dienstalter auf das Lebensalter an.

§ 122.

Vgl. § 10 Anm. 1 sowie §§ 69, 134.

Für Preußen bestimmt hinsichtlich der Bestellung der Amtsrichter und Landrichter zu Hülfsrichtern § 48 des AG. z. GVG., entsprechend dem § 38 in Betreff der Landgerichte:

> „Die Amtsrichter und die Landrichter sind verpflichtet, bei dem Oberlandesgerichte, in dessen Bezirk sie angestellt sind, die Vertretung eines Richters für einzelne Sitzungen oder Geschäfte zu übernehmen.
>
> Die Einberufung der Vertreter erfolgt durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts nach einer jährlich vor Beginn des Geschäftsjahres durch das Präsidium des Oberlandesgerichts festzusetzenden Reihenfolge.
>
> Für Einberufungen, welche während der Gerichtsferien erfolgen, ist die für das Geschäftsjahr festgestellte Reihenfolge nicht maßgebend.
>
> Die Einberufung ist nur dann statthaft, wenn die Vertretung des verhinderten Mitgliedes durch ein Mitglied des Oberlandesgerichts nicht möglich ist."

§ 123. Die Oberlandesgerichte sind zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1. der Berufung gegen die Endurtheile der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten;
2. der Revision gegen Urtheile der Strafkammern in der Berufungsinstanz;
3. der Revision gegen Urtheile der Strafkammern in erster Instanz, sofern die Revision ausschließlich auf die Verletzung einer in den Landesgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt wird;
4. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten;
5. der Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen erster Instanz, soweit nicht die Zuständigkeit der Strafkammer begründet ist, und gegen Entscheidungen der Strafkammern in der Beschwerdeinstanz und Berufungsinstanz.

Entw. § 95. Mot. S. 140, 141. Prot. S. 389.

---

§ 123.

1) Die Oberlandesgerichte sind im Civilprozesse ausschließlich Gerichte zweiter Instanz. Vgl. jedoch § 117 Abs. 2.

2) Nr. 1: vgl. CPO. §§ 472—506.

— „der Landgerichte" — sei es der Civilkammern oder der Kammern für Handelssachen. Die Berufung gegen die Endurtheile der Amtsgerichte geht an die Landgerichte (§ 71).

3) Nr. 4: vgl. CPO. §§ 530—540. Die Beschwerde umfaßt auch die „weitere Beschwerde" (CPO. § 531 Abs. 2). S. auch Preuß. AG. z. GVG. §§ 40 Abs. 2, 51—56 (unten Anm. 6). Die Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte geht an die Landgerichte (§ 71) mit Ausnahme der Fälle des § 160. Vgl. auch § 183 Abs. 3.

4) Außerdem sind die Oberlandesgerichte nach reichsgesetzlichen Vorschriften zuständig:

a) bei Bestimmung des zuständigen Gerichts (CPO. §§ 36, 45; StrPO. §§ 4, 12—15 19, 27);

[b) bei Anträgen auf gerichtliche Entscheidung wegen Nichterhebung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft (StrPO. § 170)];

c) bei Beschwerden über Ablehnung oder Gewährung der Rechtshülfe (GVG. § 160);

d) bei Beschwerden über eine Ordnungsstrafe in den Fällen der §§ 179, 180, 182 des GVG.;

[e) bei Beschwerden im ehrengerichtlichen Verfahren gegen Rechtsanwälte (RAO. § 89)];

[f) für Aufhebung gesetzwidriger Beschlüsse oder Wahlen der Anwaltskammer oder des Vorstandes (RAO. § 59 Abs. 1)];

g) für die Enthebung eines Handelsrichters von seinem Amte (GVG. § 117).

Auch steht dem Präsidenten des Oberlandesgerichts die Aufsicht über den Geschäftsbetrieb des Vorstandes der Anwaltskammer zu, sowie die Entscheidung über Beschwerden, welche diesen Geschäftsbetrieb betreffen (RAO. § 59 Abs. 1).

5) In Preußen gehören nach § 49 des AG. z. GVG. außerdem noch zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte:

1) alle Angelegenheiten, für welche bisher die Appellationsgerichte als Gerichte erster Instanz zuständig waren, vorbehaltlich der in dem §. 29 enthaltenen Vorschriften;

2) die bisher zur Zuständigkeit des Kreisgerichts in Ratzeburg gehörenden Familienfideikommißsachen;

3) die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel in den Angelegenheiten, welche nach den Vorschriften dieses Gesetzes in erster Instanz zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören.

§ 124. Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden in der Besetzung von fünf Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

Entw. § 96. Mot. S. 141. Prot. S. 390.

Neunter Titel. **Reichsgericht.**

§ 125. Der Sitz des Reichsgerichts wird durch Gesetz bestimmt.

Entw. § 97. Mot. S. 143. Prot. S. 390, 391, 668.

Eine vollständige Aufzählung dieser Angelegenheiten s. in den Mot. z. Entw. d. AG. S. 61 bis 63. [Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 34 ff.]

Außerdem erfolgt die Enthebung eines Schiedsmanns von seinem Amte durch den ersten Civilsenat des Oberlandesgerichts (Schiedsmannsordn. v. 29. März 1879 § 9).

Dem Präsidenten des Oberlandesgerichts steht das Recht der Aufsicht hinsichtlich dieses Gerichts wie der Gerichte des Bezirks zu. (Vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 2.) S. auch § 48 Abs. 2 das., Allg. Verf. d. Just.-Min. v. 10. Sept. 1879 (JMBl. S. 340).

Wegen Bayern s. AG. z. GVG. v. 23. Febr. 1879 Art. 36 ff., Hauser a. a. O. S. 32 ff. Anm. 11, wegen Sachsen AG. v. 1. März 1879 §§ 8 ff., wegen Württemberg AG. v. 24. Jan. 1879 Art. 14 ff. usw.

6) Wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zu Berlin (Kammergerichts) vgl. §§ 50, 51 des Preuß. AG. z. GVG. u. § 6 Abs. 2 des AG. z. D. GKG. (Struckmann u. Koch a. a. O. S. 36 ff., 355). Vgl. auch CPO. § 531 Anm. 4.

7) Nach § 57 des Preuß. AG. z. GVG. werden sämmtliche in diesem Gesetze den Oberlandesgerichten zugewiesenen Angelegenheiten von den Civilsenaten erledigt.

§ 124.

Vgl. §§ 77, 140 u. 194.

„Aus § 124 in Verbindung mit § 119 ergiebt sich, daß die Oberlandesgerichte in Handelssachen, in derselben Besetzung wie in anderen Sachen, ohne Zuziehung von Handelsrichtern entscheiden." (Mot.)

Neunter Titel.

1) Die §§ 125—131 handeln von der Bildung des Reichsgerichts im Allgemeinen und den Dienstverhältnissen der Mitglieder desselben, die §§ 132—134 von der Bildung der Senate, die §§ 135—138 von der Zuständigkeit des Reichsgerichts, die §§ 139, 140 von der Besetzung des Plenums und der Senate, der § 141 von dem Geschäftsgang.

Die Namen der Mitglieder s. in Pfafferoth, Jahrb. 1886 S. 69 ff.

Ueber die Organisation der Staatsanwaltschaft beim Reichsgerichte s. §§ 143, 148—150. Rücksichtlich der Gerichtsschreiberei und der Gerichtsvollzieher beim Reichsgerichte s. §§ 154, 155. Die Stellung der Rechtsanwälte bei demselben ist durch die RAO. §§ 98—102 geregelt (s. auch GO. f. RA. § 52). Uebergangsbestimmungen, das Reichsgericht betreffend, s. im EG. z. GVG. §§ 14—17, 19, 20 Abs. 2. Ueber Gebührenfreiheit im Verfahren vor dem Reichsgericht s. GKG. § 98 Abs. 1 u. 3 u. Verordn. v. 24. Dez. 1883 (RGBl. 1884 S. 1). Wegen Einziehung und Verrechnung der für die Geschäfte des Reichsgerichts in Ansatz kommenden Kosten s. Dienstanweisung des Bundesraths v. 8. Juli 1879 (Centralblatt f. d. D. Reich S. 473, Preuß. JMBl. 1884 S. 253). Vgl. auch d. Geschäftsordn. f. d. Reichsgericht § 22 (s. unten § 141 Anm. 3).

2) Daß der für das Reichsgericht erforderliche Aufwand aus der Reichskasse bestritten wird und die für die Geschäfte des Reichsgerichts zu berechnenden Kosten zur Reichskasse fließen [vgl. §§ 5, 22 Abs. 2 des Ges. v. 12. Juni 1869 (BGBl. S. 201)], erklären die Mot. (S. 155) mit Recht für selbstverständlich.

§ 126. Das Reichsgericht wird mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Senatspräsidenten und Räthen besetzt.

Entw. § 98. Mot. S. 143, 144. Prot. S. 391.

§ 127. Der Präsident, die Senatspräsidenten und Räthe werden auf Vorschlag des Bundesraths von dem Kaiser ernannt.

Zum Mitgliede des Reichsgerichts kann nur ernannt werden, wer die Fähigkeit zum Richteramte in einem Bundesstaate erlangt und das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat.

Entw. § 99. Mot. S. 144. Prot. S. 391—395.

§ 128. Ist ein Mitglied zu einer Strafe wegen einer entehrenden Handlung oder zu einer Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer rechtskräftig verurtheilt, so kann dasselbe durch Plenarbeschluß des Reichsgerichts seines Amts und seines Gehalts für verlustig erklärt werden.

Vor der Beschlußfassung sind das Mitglied und der Ober-Reichsanwalt zu hören.

Entw. § 100. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 395.

---

§ 125.

Die Bestimmung ist erfolgt durch das Gesetz v. 11. April 1877 § 2 (RGBl. S. 415), dahin lautend:

„Das Reichsgericht erhält seinen Sitz in Leipzig."

§ 126.

Vgl. §§ 58, 119.

Ursprünglich war das Reichsgericht mit einem Präsidenten, 7 Senatspräsidenten und 60 Räthen besetzt; gegenwärtig ist die Zahl der Senatspräsidenten auf 9, die der Räthe auf 69 erhöht. Nach der zufolge § 132 von dem Reichskanzler erlassenen Bestimmung (vgl. § 132 Anm. 3) werden die Geschäfte jetzt in sechs Civilsenaten und vier Strafsenaten erledigt. Außerdem waren Hülfssenate eingerichtet (vgl. EG. z. GVG. § 16), deren Thätigkeit jedoch am 1. April 1883 ihr Ende erreicht hat.

§ 127.

1) Der Abs. 1 entspricht dem § 3 des Ges. v. 12. Juni 1869. Der Vorschlag ist unentbehrlich und wird durch bloße Anhörung nicht ersetzt. Der Kaiser kann aber die Ernennung ablehnen.

Die Ernennung erfolgt auf Lebenszeit (§ 6).

2) Abs. 2: Vgl. §§ 2, 4, 5. — Die im Entwurfe am Schlusse des Abs. 2 sich findenden Worte:

„oder an einer deutschen Universität die Stelle eines öffentlichen Lehrers des Rechts bekleidet"

sind nach Aufnahme des § 4 als selbstverständlich von der RTK. gestrichen worden.

§§ 128—131.

Die den §§ 23—25 des Ges. v. 12. Juni 1869 entsprechenden Bestimmungen der §§ 128—131 über den Verlust des Amts, die vorläufige Enthebung vom Amte und die Versetzung in den Ruhestand sind die einzigen Vorschriften von mehr oder weniger disziplinärer Natur, welche rücksichtlich der Mitglieder des Reichsgerichts bestehen. Die Bestimmungen des — im übrigen auch für die Mitglieder des Reichsgerichts als Reichsbeamte geltenden — Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 über die Versetzung in ein anderes Amt, über die einstweilige und über die zwangsweise Versetzung in den Ruhestand, über Disziplinarbestrafung und über die vorläufige Dienstenthebung finden auf die Mitglieder des Reichsgerichts [wie früher auf die des Reichs-Oberhandelsgerichts (§ 158 das.)] keine Anwendung. Vgl. auch § 8.

§ 129. Ist wegen eines Verbrechens oder Vergehens das Hauptverfahren gegen ein Mitglied eröffnet, so kann die vorläufige Enthebung desselben von seinem Amte nach Anhörung des Ober-Reichsanwalts durch Plenarbeschluß des Reichsgerichts ausgesprochen werden.

Wird gegen ein Mitglied die Untersuchungshaft verhängt, so tritt für die Dauer derselben die vorläufige Enthebung von Rechtswegen ein.

Durch die vorläufige Enthebung wird das Recht auf den Genuß des Gehalts nicht berührt.

Entw. § 101. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 395, 396.

§ 130. Wenn ein Mitglied durch ein körperliches Gebrechen oder durch Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung seiner Amtspflichten dauernd unfähig wird, so tritt seine Versetzung in den Ruhestand gegen Gewährung eines Ruhegehalts ein.

Das jährliche Ruhegehalt beträgt bis zur Vollendung des zehnten Dienstjahres $^{20}/_{60}$ des Gehalts; es erhöht sich mit der Vollendung eines jeden folgenden Dienstjahres und bis zur Vollendung des fünfzigsten Dienstjahres um je $^{1}/_{60}$ des Gehalts.

Bei Berechnung der Dienstzeit wird die Zeit mitgerechnet, während welcher das Mitglied sich im Dienste des Reichs oder im Staats- oder Gemeindedienste

---

§ 128.

Die Mot. bemerken:

„Der Verlust des Amts, soweit derselbe auf Grund einer Verurtheilung eintritt, ergiebt sich schon aus den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und ist daher im GVG. nicht besonders hervorzuheben. Für die übrigen Fälle wird durch die Fassung des Entwurfs klargestellt, daß nicht schon die Verurtheilung zur Strafe, sondern der Plenarbeschluß des Reichsgerichts für den Verlust des Amts entscheidend ist. Der Begriff einer „entehrenden Strafe", welche nach § 23 des Gesetzes vom 12. Juni 1869 stets den Verlust des Amts zur Folge haben soll, hat seit dem Inkrafttreten des deutschen Strafgesetzbuchs seine technische Bedeutung verloren. Sofern man den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte noch jetzt als eine entehrende Strafe bezeichnen kann, bedarf es der Hervorhebung derselben im Gesetze nicht, da dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte stets eine entehrende Handlung, welche im § 128 vorgesehen ist, zu Grunde liegt."

Die hier im Eingange in Bezug genommenen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs sind die §§ 32—37 und 358. Abgesehen von den Fällen, in welchen auf Grund dieser Paragraphen der Verlust des Amts und Gehalts kraft Gesetzes eintritt, kann das Plenum des Reichsgerichts unter einer der beiden in § 128 Abs. 1 enthaltenen Voraussetzungen den Verlust aussprechen. Das Ermessen des Plenums entscheidet insbesondere auch darüber, ob die Handlungen, wegen welcher die strafrechtliche Verurtheilung erfolgt war, eine entehrende sei, weil eine gesetzliche Bestimmung dieses Begriffes nicht besteht (vgl. § 23 Abs. 3 des Ges. v. 12. Juni 1869).

§ 129.

1) Abs. 1: „Verbrechens oder Vergehens" — nicht auch wegen einer Uebertretung; vgl. StrGB. § 1.

— „das Hauptverfahren — eröffnet" — vgl. StrPO. §§ 196 ff.

— „vorläufige Enthebung" — vgl. § 8 Anm. 6.

2) Abs. 2: „Untersuchungshaft" — vgl. StrPO. §§ 112—124. Die vom Amtsrichter vor Erhebung der öffentlichen Klage nach § 125 das. verfügte Haft und die vorläufige Festnahme (§§ 127 ff. das.) fallen nicht darunter.

— „von Rechtswegen" — ist gleichbedeutend mit „kraft Gesetzes" in § 8 Abs. 2. Vgl. Anm. 9 das.

3) Der Abs. 3 bezieht sich gleichmäßig auf die vorläufige Enthebung in den Fällen des Abs. 1 und 2.

eines Bundesstaates befunden oder in einem Bundesstaate als Anwalt, Advokat, Notar, Patrimonialrichter oder als öffentlicher Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität fungirt hat.

Entw. § 102. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 396.

§ 131. Wird die Versetzung eines Mitgliedes in den Ruhestand nicht beantragt, obgleich die Voraussetzungen derselben vorliegen, so hat der Präsident die Aufforderung zu erlassen, binnen einer bestimmten Frist den Antrag zu stellen. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist die Versetzung in den Ruhestand durch Plenarbeschluß des Reichsgerichts auszusprechen.

Vor der Beschlußfassung sind das Mitglied und der Ober-Reichsanwalt zu hören.

Entw. § 103. Mot. S. 144, 145. Prot. S. 396, 669.

§ 132. Bei dem Reichsgerichte werden Civil- und Strafsenate gebildet. Die Zahl derselben bestimmt der Reichskanzler.

Entw. § 104. Mot. S. 145—149, 154, 155. Prot. S. 396.

§ 133. Die Bestimmungen der §§. 61—68 finden mit der Maßgabe Anwendung, daß zu dem Präsidium die vier ältesten Mitglieder des Gerichts zuzuziehen sind.

Entw. § 105. Mot. S. 145—149, 154, 155. Prot. S. 389, 390, 396, 399—404, 510, 669.

§ 134. Die Zuziehung von Hülfsrichtern ist unzulässig.

Entw. — Mot. S. 144. Prot. S. 388, 390, 510.

---

§§ 130, 131.

1) Die Mot. bemerken:

„Die §§ 130, 131 entsprechen dem § 25 des Gesetzes über Errichtung des Reichs-Oberhandelsgerichts. Das Verfahren wird im Anschluß an die §§ 56—63 des Preuß. Gesetzes vom 7. Mai 1851 in § 131 geregelt. Speziellere Vorschriften, wie sie im Gegensatze zu dem Entwurfe das Preußische Gesetz enthält, sind entbehrlich. — Ist dem betreffenden Mitgliede nach allgemeinen Grundsätzen über die Einleitung der Kuratel ein Kurator bestellt, so wird dieser den Antrag zu stellen oder die Aufforderung des Präsidenten entgegenzunehmen haben."

2) Die Anhörung des Mitgliedes ist von der RTK. hinzugefügt.

§ 132.

1) Vgl. §§ 59, 120. Die Entscheidungen erfolgen — wie bei den Land- und Oberlandesgerichten — auch beim Reichsgerichte in der Regel durch einen einzelnen Senat. Die Ausnahmen s. in §§ 137, 138.

2) Ein Antrag, gesetzlich für jedes der reichsgesetzlichen Zuständigkeit unterliegende größere Rechtsgebiet der Civilrechtspflege besondere Abtheilungen zu bilden und jedes neue Mitglied bei seiner Anstellung einer solchen Abtheilung oder der Abtheilung für Strafrechtspflege mit der Wirkung zuzuweisen, daß eine Versetzung in eine andere Abtheilung nur mit seiner Zustimmung zulässig sein solle, wurde von der RTK. abgelehnt.

3) Wegen der Zahl der Senate s. § 126 Anm. Die auf Grund des § 132 sowie des EG. z. GVG. § 20 Abs. 2 vom Reichskanzler am 27. Sept. 1879 erlassenen Bestimmungen s. in Pfafferoth, Jahrb. 1880 S. 375 ff.; die Geschäftsvertheilung (vgl. §§ 62, 63, 133) für 1885 s. das. 1886 S. 72 ff.

§ 133.

Vgl. die Anmerkungen zu den §§ 61—68. Eine Uebergangsbestimmung enthält § 20 Abs. 2 des EG. z. GVG.

§ 134.

Der § 134, dessen Inhalt die Mot. für selbstverständlich erklären, ist von der RTK. eingeschaltet worden. Vgl. §§ 10 Anm. 1, 69, 122, 126 a. E.

§ 135. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Reichsgericht zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1. der Revision gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte;
2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Entw. § 106. Mot. S. 149, 151. Prot. S. 396.

§ 136. In Strafsachen ist das Reichsgericht zuständig:

1. für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen des Hochverraths und des Landesverraths, insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet sind;
2. für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel der Revision gegen Urtheile der Strafkammern in erster Instanz, insoweit nicht die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet ist, und gegen Urtheile der Schwurgerichte.

In Strafsachen wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher in die Reichskasse fließender Abgaben und Gefälle ist das Reichsgericht auch für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision gegen Urtheile der Strafkammern in der Berufungsinstanz zuständig, sofern die Entscheidung des Reichsgerichts von der Staatsanwaltschaft bei der Einsendung der Akten an das Revisionsgericht beantragt wird.

§ 137. Will in einer Rechtsfrage ein Civilsenat von der Entscheidung eines anderen Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate abweichen, so ist über die streitige Rechtsfrage im ersteren Falle eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate, im letzteren Falle eine solche der vereinigten Strafsenate einzuholen.

---

§ 135.

1) Vgl. §§ 71, 123 Nr. 1 u. 4, 160, CPO. §§ 507 ff., 530 ff.

Die „Beschwerde" umfaßt auch hier die „weitere Beschwerde" (CPO. § 531 Abs. 2). Vgl. § 123 Anm. 3.

2) Ueber weitere, auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sich erstreckende Zuständigkeiten des Reichsgerichts vgl. § 160, EG. z. GVG. §§ 3 Abs. 2, 11 Abs. 2 Nr. 2, 15, 17 Abs. 1, CPO. § 36, EG. z. CPO. § 9, Ges., betr. den Uebergang von Geschäften auf d. Reichsgericht, v. 16. Juni 1879 § 1 (RGBl. S. 157); ferner über staatsrechtliche Zuständigkeiten das Ges. v. 14. März 1881, betr. die Zuständigkeit des RG. für Streitfragen zwischen dem Senat und der Bürgerschaft der freien und Hansestadt Hamburg (RGBl. S. 37); endlich als Beschwerde- und Berufungsinstanz gegen die Entscheidungen der Konsulargerichte das Ges. über d. Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 §§ 18, 20, 36, 43 (RGBl. S. 197). Wegen Ertheilung von Schiedssprüchen durch das Reichsgericht s. § 14 der Geschäftsordn. (vgl. § 141 Anm. 3).

Wegen Besetzung des Reichsdisziplinarhofs mit Mitgliedern des Reichsgerichts s. Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 § 93 (RGBl. S. 61) und Ges. v. 16. Juni 1879 § 1 (RGBl. S. 157); wegen Besetzung des Ehrengerichtshofs für Rechtsanwälte RAO. § 90.

(S. auch Pfafferoth Jahrb. 1886 S. 11 ff., 74, Turnau, a. a. O. II S. 233 ff.).

§ 137.

1) Der § 137 hat seine jetzige Gestalt durch das Gesetz, betreffend Abänderung des §. 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes, v. 17. März 1886 (RGBl. S. 61) erhalten, dahin lautend:

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen rc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

Einer Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum bedarf es, wenn ein Civilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate, oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung des Plenums abweichen will.

Die Entscheidung der Rechtsfrage durch die vereinigten Senate oder das Plenum ist in der zu entscheidenden Sache bindend. Sie erfolgt in allen Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung.

Vor der Entscheidung der vereinigten Strafsenate oder derjenigen des Plenums, sowie in Ehe- und Entmündigungssachen ist der Ober-Reichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.

Soweit die Entscheidung der Sache eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordert, erfolgt dieselbe durch den erkennenden Senat auf Grund einer erneuten mündlichen Verhandlung, zu welcher die Prozeßbetheiligten von Amtswegen unter Mittheilung der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage zu laden sind.

Entw. § 108. Mot. S. 151–153. Prot. S. 397, 398.

Der §. 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1887 wird durch die nachstehende Vorschrift ersetzt:

§ 137. (s. oben) —

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 17. März 1886.

(L. S.) Wilhelm.

Fürst von Bismarck.

Der ursprüngliche § 137 hatte folgenden Inhalt:

Will ein Civilsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate abweichen, so hat derselbe die Verhandlung und Entscheidung der Sache vor die vereinigten Civilsenate zu verweisen.

Die Verweisung erfolgt an die vereinigten Strafsenate, wenn ein Strafsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate abweichen will.

Hiernach konnte eine Sache zur Verhandlung und Entscheidung nur vor die vereinigten Civilsenate (bzw. Strafsenate), nicht vor das Plenum verwiesen werden. Voraussetzung jener Verweisung war:

a) daß ein Civilsenat in einer Rechtsfrage — im weitesten Sinne des Wortes (vgl. CPO. § 511) — von einer früheren Entscheidung abweichen will, und

b) daß die frühere Entscheidung entweder von einem anderen Civilsenate oder von den vereinigten Civilsenaten herrührt.

In Ermangelung einer dieser Voraussetzungen war eine Verweisung unzulässig, also namentlich auch, wenn ein Civilsenat von einer früheren Entscheidung eines der Strafsenate oder der vereinigten Strafsenate abweichen wollte oder umgekehrt ein Strafsenat von einer früheren Entscheidung eines der Civilsenate oder der vereinigten Civilsenate. Um die hiedurch für die Rechtseinheit entstehende Lücke auszufüllen, welche sich namentlich in Stempelfragen und bei der Frage des Kausalzusammenhangs (vgl. Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Rostock 1885. S. 25, 83 ff.) praktisch fühlbar gemacht hat, ist durch den jetzigen § 137 die Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum eingeführt worden. Dieselbe beschränkt sich aber auf die drei Fälle, wenn

1. ein Civilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate, oder
2. ein Strafsenat von der Entscheidung eines Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate, oder

§ **138.** Der erste Strafsenat des Reichsgerichts hat bei den im §. 136 Nr. 1 bezeichneten Verbrechen diejenigen Geschäfte zu erledigen, welche im §. 72 Abs. 1 der Strafkammer des Landgerichts zugewiesen sind.

Das Hauptverfahren findet vor dem vereinigten zweiten und dritten Strafsenate statt.

§ **139.** Zur Fassung von Plenarentscheidungen und von Entscheidungen der vereinigten Civil- oder Strafsenate, sowie der beiden vereinigten Strafsenate ist die Theilnahme von mindestens zwei Drittheilen aller Mitglieder mit Einschluß des Vorsitzenden erforderlich.

---

3. ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung des Plenums abweichen will (Abs. 2),

während, wenn ein Civilsenat von der Entscheidung eines anderen Civilsenats oder der vereinigten Civilsenate (bzw. ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate) abweichen will, über die streitige Rechtsfrage, wie bisher, eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate (bzw. Strafsenate) einzuholen ist (Abs. 1).

Von seiner eigenen früheren Entscheidung kann ein Civil- (bzw. Straf-) senat, wie bisher, jederzeit ohne Weiteres in Rechtsfragen abweichen.

2) Eine fernere Abänderung des früheren § 137 liegt darin, daß, während früher die Verhandlung und Entscheidung der ganzen Sache vor die vereinigten Civilsenate verwiesen wurde, jetzt nur die streitige Rechtsfrage durch die vereinigten Civil-(Straf-)senate bzw. durch das Plenum entschieden wird, diese Entscheidung aber für die zu entscheidende Sache selbst einen bindenden Charakter hat.

3) Die Entscheidung der Rechtsfrage durch die vereinigten Senate oder das Plenum erfolgt stets — abweichend von allgemeinen Grundsätzen aus Gründen der Zweckmäßigkeit — ohne vorgängige mündliche Verhandlung (Abs. 3), wogegen, soweit die Entscheidung der Sache eine vorgängige mündliche Verhandlung nach allgemeinen Grundsätzen erfordert, solche auf Grund einer erneuten mündlichen Verhandlung durch den erkennenden Senat zu erfolgen hat. Damit die Parteien sichere Kenntniß von der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage erlangen, ist ihnen dieselbe von Amtswegen mit der Ladung zu der erneuten mündlichen Verhandlung mitzutheilen. (Abs. 5.) Vgl. E. G. z. CPO. § 7 Abs. 2.

4) Die Bestimmung des § 137 hat den Charakter einer Dienstvorschrift; ein prozessualisches, nöthigenfalls durch Rechtsmittel geltend zu machendes Recht der Parteien auf Anwendung der Maßregel besteht nicht (vgl. auch Endemann I S. 135, Wilm. Levy Anm. 1).

5) Die Verweisung einer Sache wegen der Wichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit der dabei zu entscheidenden Rechtsfrage (vgl. hinsichtlich der Strafsachen § 4 Nr. 3 des Preuß. Ges. v. 7. Mai 1856) an die vereinigten Senate oder das Plenum ist nicht zulässig.

6) Theilen die vereinigten Senate oder das Plenum nicht die Ansicht, daß eine Abweichung von einer früheren Entscheidung vorliege, so haben sie die Entscheidung der Rechtsfrage abzulehnen, da eine Vorschrift, daß sie an die Verweisung gebunden sind (vgl. z. B. CPO. § 11, GVG. § 107, EG. z. CPO. § 7 Abs. 3), nicht besteht. (Ebenso Löwe, StrPO. 3. Aufl. S. 105 Anm. 6, Wilm. Levy a. a. O. A. M. Thilo S. 190 Anm. 2.)

§ 139.

1) „Plenarentscheidungen" — vgl. §§ 131, 132.

— „der vereinigten Civil- oder Strafsenate" — vgl. §§ 137, 138. Den Vorsitz führt der Präsident (Geschäftsordn. § 5).

2) — aller Mitglieder — nämlich des Plenums bzw. der vereinigten Senate.

— „erforderlich" — Es können also mehr Mitglieder mitwirken, und es sollen sogar, wie die Mot. hervorheben, alle Mitglieder mitwirken, sofern sie nicht genügende Abhaltungsgründe haben. In der hiernach eintretenden Möglichkeit, daß Richter in bald größerer

Die Zahl der Mitglieder, welche eine entscheidende Stimme führen, muß eine ungerade sein. Ist die Zahl der anwesenden Mitglieder eine gerade, so hat derjenige Rath, welcher zuletzt ernannt ist, und bei gleichem Dienstalter derjenige, welcher der Geburt nach der jüngere ist, oder, wenn dieser Berichterstatter ist, der nächst ältere kein Stimmrecht.

Entw. § 110. **Mot.** S. 153, 154. **Prot.** S. 398.

§ 140. Die Senate des Reichsgerichts entscheiden in der Besetzung von sieben Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

Entw. § 111. **Mot.** S. 153, 154. **Prot.** S. 398.

§ 141. Der Geschäftsgang wird durch eine Geschäftsordnung geregelt, welche das Plenum auszuarbeiten und dem Bundesrath zur Bestätigung vorzulegen hat.

Entw. § 112. **Mot.** S. 154, 155. **Prot.** S. 398, 677.

---

bald geringerer Anzahl mitwirken, liegt eine Abweichung von dem Grundsatze des § 194 Abs. 1 (s. auch § 140).

3) Abs. 2: vgl. § 7 des Ges. v. 12. Juni 1869. Daß derjenige Rath, welchem kein Stimmrecht zusteht, mit berathender Stimme mitwirkt, ist zulässig.

— „wenn dieser Berichterstatter ist" — Dieser Fall war in § 7 des angef. Ges. nicht berücksichtigt. Das Wort „dieser" bezieht sich nicht blos auf den bei gleichem Dienstalter der Geburt nach jüngeren, sondern auch auf den zuletzt ernannten Rath.

Ueber die Zulässigkeit eines Berichterstatters vgl. CPO. § 124 Anm. 1; vorgeschrieben ist die Ernennung eines solchen auch für die Revisionsinstanz nicht (vgl. das. §§ 520 ff.). Vgl. jedoch Geschäftsordn. §§ 7—13 (s. § 141 Anm. 3).

§ 140.

1) Der Grundsatz des § 194 Abs. 1 ist hier festgehalten (anders § 7 des Ges. v. 12. Juni 1869). Wegen der vereinigten Senate s. § 139.

2) Im Falle der Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden führt den Vorsitz das älteste ständige Mitglied des Senats (vgl. §§ 65, 121, 133; Beschluß des Präsidiums v. 26. Februar 1880 in Pfafferoth, Jahrb. 1880 S. 387 u. Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 414).

§ 141.

1) Vgl. § 11 des Ges. v. 12. Juni 1869.

Die in dem Entw. hinter „Geschäftsgang" stehenden Worte „und die Vertheilung der Geschäfte unter die Senate" sind von der RTK. in Folge der Aufnahme des § 133 gestrichen.

2) „Geschäftsgang" — umfaßt die gesammte äußere Behandlung der Geschäfte beim Reichsgerichte; auch Bestimmungen über die Einrichtung der Gerichtsschreiberei und die Thätigkeit der Unterbeamten fallen, wie die Mot. hervorheben, darunter. Vgl. § 154 Anm. 5.

Ein Antrag in der RTK., nach Analogie des Ges. v. 12. Juni 1869 als Abs. 2 hinzuzufügen:

„In der Geschäftsordnung sind insbesondere auch die Befugnisse des Präsidenten festzustellen und die Angelegenheiten zu bezeichnen, welche noch außer den in diesem Gesetze bezeichneten Fällen durch das Plenum zu erledigen sind",

wurde zurückgezogen, nachdem der Regierungsvertreter erklärt hatte, die Befugnisse des Präsidenten ergäben sich zum Theil schon aus den Prozeßordnungen, soweit dieses aber nicht der Fall, würden seine Befugnisse auch ohne einen solchen Zusatz in der Geschäftsordnung festzusetzen sein.

3) Der Vorbehalt des § 141 ist hinsichtlich des Reichsgerichts selbst erledigt durch die Geschäftsordn. v. 8. April 1880 (Centralbl. d. D. Reichs S. 190; s. auch Pfafferoth, Jahrb. 1880 S. 381 ff.). Die Einrichtung der Gerichtsschreiberei regelt der Erlaß des Reichskanzlers v. 20. Septbr. 1879 (Pfafferoth a. a. O. S. 388). Besondere Gerichtsvollzieher sind bisher nicht angestellt.

Zehnter Titel. Staatsanwaltschaft.

§ 142. Bei jedem Gerichte soll eine Staatsanwaltschaft bestehen.

§ 143. Das Amt der Staatsanwaltschaft wird ausgeübt:
1. bei dem Reichsgerichte durch einen Ober-Reichsanwalt und durch einen oder mehrere Reichsanwälte;
2. bei den Oberlandesgerichten, den Landgerichten und den Schwurgerichten durch einen oder mehrere Staatsanwälte;
3. bei den Amtsgerichten und den Schöffengerichten durch einen oder mehrere Amtsanwälte.

Die Zuständigkeit der Amtsanwälte erstreckt sich nicht auf das amtsrichterliche Verfahren zur Vorbereitung der öffentlichen Klage in denjenigen Strafsachen, welche zur Zuständigkeit anderer Gerichte als der Schöffengerichte gehören.

§ 144. Die örtliche Zuständigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft wird durch die örtliche Zuständigkeit des Gerichts bestimmt, für welches sie bestellt sind.

Ein unzuständiger Beamter der Staatsanwaltschaft hat sich denjenigen innerhalb seines Bezirks vorzunehmenden Amtshandlungen zu unterziehen, in Ansehung welcher Gefahr im Verzuge obwaltet.

Können die Beamten der Staatsanwaltschaft verschiedener Bundesstaaten sich nicht darüber einigen, wer von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat, so entscheidet der ihnen gemeinsam vorgesetzte Beamte der Staatsanwaltschaft und in Ermangelung eines solchen der Ober-Reichsanwalt.

§ 145. Besteht die Staatsanwaltschaft eines Gerichts aus mehreren Beamten, so handeln die dem ersten Beamten beigeordneten Personen als dessen Vertreter; sie sind, wenn sie für ihn auftreten, zu allen Amtsverrichtungen desselben ohne den Nachweis eines besonderen Auftrags berechtigt.

Zehnter Titel.

Dem Civilprozesse ist die Staatsanwaltschaft in der CPO. prinzipiell ferngehalten (vgl. CPO. § 569 Anm. 1); nur im Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen tritt eine gewisse Mitwirkung derselben ein (vgl. CPO. §§ 569, 579, 586, 589—591, 595, 597, 604, 605, 607, 614, 616, 618—620, 624—626, GVG. § 137 Abs. 4; Planck I § 34 S. 143 ff.). Eine erweiterte Mitwirkung der Staatsanwaltschaft kann auch durch die Landesgesetzgebung nicht eingeführt werden, und die landesgesetzlichen Vorschriften (z. B. des rheinisch-franz., bayer. u. hann. Rechts), nach welchen eine ausgedehntere Mitwirkung derselben bestand, sind mit dem Inkrafttreten der CPO. aufgehoben (EG. z. CPO. § 14).

(Ueber die legislatorische Seite der Frage vgl. die Verhandlungen der D. Juristentage: des 2. I S. 96—99, 109—116, des 3. I S. 28—70, II S. 95—100, 449—512, des 4. I S. 22—38, 277—321 des 5. II S. 217—228; ferner Frey, Frankreichs Civil- und Kriminalverfassung S. 205 ff., 225 ff., 237 ff., Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit II S. 141 ff., Bomhard, Die Civilrechtspflege in der Bayerischen Pfalz. München 1861. S. 80 ff., Makower in d. D. Gerichtsztg. 1861 Nr. 36, 37, v. Canstein, Grundlagen S. 158 ff. usw.)

Der von der Organisation (und in vereinzelten Bestimmungen auch von der Zuständigkeit) der Staatsanwaltschaft handelnde zehnte Titel des GVG. hat demnach für das Civilprozeßverfahren nur eine untergeordnete Bedeutung und ist deshalb im Einzelnen nicht erläutert.

Für Preußen vgl. AG. z. GVG. §§ 58—67, 77—81, 84; Ges. v. 31. März 1879, betr. die Uebergangsbestimmungen z. D. CPO. u. D. StrPO. § 5 (Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 42 ff., 51 ff., 192; v. Rönne Preuß. Staatsr. 4. Aufl. III S. 352 ff.).

§ 146. Die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten sind befugt, bei allen Gerichten ihres Bezirks die Amtsverrichtungen der Staatsanwaltschaft selbst zu übernehmen oder mit Wahrnehmung derselben einen anderen als den zunächst zuständigen Beamten zu beauftragen.

Amtsanwälte können das Amt der Staatsanwaltschaft nur bei den Amtsgerichten und den Schöffengerichten versehen.

§ 147. Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen.

In denjenigen Sachen, für welche das Reichsgericht in erster und letzter Instanz zuständig ist, haben alle Beamte der Staatsanwaltschaft den Anweisungen des Ober-Reichsanwalts Folge zu leisten.

§ 148. Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu:

1. dem Reichskanzler hinsichtlich des Ober-Reichsanwalts und der Reichsanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Bundesstaates;
3. den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.

§ 149. Der Ober-Reichsanwalt und die Reichsanwälte sind nicht richterliche Beamte.

Zu diesen Aemtern sowie den Aemtern der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten können nur zum Richteramte befähigte Beamte ernannt werden.

§ 150. Der Ober-Reichsanwalt und die Reichsanwälte werden auf Vorschlag des Bundesraths vom Kaiser ernannt.

Dieselben können durch Kaiserliche Verfügung jederzeit mit Gewährung des gesetzlichen Wartegeldes einstweilig in den Ruhestand versetzt werden.

§ 151. Die Staatsanwaltschaft ist in ihren Amtsverrichtungen von den Gerichten unabhängig.

§ 152. Die Staatsanwälte dürfen richterliche Geschäfte nicht wahrnehmen. Auch darf ihnen eine Dienstaufsicht über die Richter nicht übertragen werden.

§ 153. Die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes sind Hülfsbeamte der Staatsanwaltschaft und sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwälte bei dem Landgerichte ihres Bezirks und der diesen vorgesetzten Beamten Folge zu leisten.

Die nähere Bezeichnung derjenigen Beamtenklassen, auf welche diese Bestimmung Anwendung findet, erfolgt durch die Landesregierungen.

Elfter Titel. **Gerichtsschreiber.**

§ 154. Bei jedem Gerichte wird eine Gerichtsschreiberei eingerichtet. Die Geschäftseinrichtung bei dem Reichsgerichte wird durch den Reichskanzler, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

Entw. § 124. Mot. S. 172—174. Prot. S. 431.

---

§ 154.

1) An die Gerichtsverfassung aller deutschen Bundesstaaten ist hiernach die staatsrechtliche Anforderung gestellt, daß bei jedem (ordentlichen) Gericht eine Gerichtsschreiberei eingerichtet werde, während die Ausführung, abgesehen von dem Reichsgericht, den Bundesstaaten überlassen ist (vgl. Planck I S. 126 ff.).

„Der Entwurf behandelt die Gerichtsschreiberei als ein bei jedem Gerichte nothwendiges Institut, enthält sich aber jeder näheren Bestimmung über die Einrichtung desselben.

Der Geschäftskreis der Gerichtsschreiberei, soweit derselbe für das Prozeßverfahren von wesentlicher Bedeutung ist, wird durch die Prozeßordnungen geregelt. Die Gerichtsschreiber haben in den gerichtlichen Verhandlungen durch Führung des Protokolls mitzuwirken usw. —

Durch diese Bestimmungen, welche den Gerichtsschreibern eine sehr umfassende Thätigkeit zuweisen, ist die Nothwendigkeit des Vorhandenseins einer Gerichtsschreiberei bei jedem Gerichte gegeben.

Einer gemeinsamen Regelung bedarf es nicht, da dieselbe für das Verfahren selbst unwesentlich ist. Die Einrichtung des Instituts nach deutschem oder französischem Vorbilde, die Vertheilung der Geschäfte unter mehrere Gerichtsschreiber, das Verhältniß mehrerer Gerichtsschreiber zu einander und ihre Stellung zu dem Gerichtsvorstande, die Einrichtung des Geschäftsganges der Registratur, der Prozeßregister und Geschäftstabellen, die Kanzleiarbeit und dergleichen mehr kann je nach den besonderen in einem Bundesstaate obwaltenden Verhältnissen, welche selbst innerhalb desselben Bundesstaats verschiedenartige sein können, unbeschadet der Vorschriften der Prozeßordnungen, verschieden geregelt werden." (Mot.)

2) Die Einrichtung der Gerichtsschreibereien ist Sache der Verwaltung (Reichskanzler, Landesjustizverwaltung), weil, wie die Mot. hervorheben, nur geschäftliche Rücksichten in Frage stehen. Es ist daher eine Mitwirkung der Landesgesetzgebung nicht erforderlich.

Der Dienstverhältnisse ist nicht (wie in § 155) gedacht. Inwiefern sie gesetzlicher Regelung bedürfen, richtet sich daher nach Landesrecht. Die Landesgesetze haben indessen zu beachten, daß der Gerichtsschreiber nach den Prozeßordnungen ein organischer Theil des Gerichts ist. Auch das GKG. faßt seine Handlungen als solche des Gerichts auf, für welche die Gerichtskasse die Gebühr erhebt (s. z. B. das. §§ 40, 79 Nr. 1).

Für Preußen bestimmt § 68 des AG. z. GVG.:

„Die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber werden durch Gesetz, die Geschäftsverhältnisse durch den Justizminister bestimmt."

Der Vorbehalt ist ausgefüllt durch das Ges., betr. die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber, v. 3. März 1879 (GS. S. 99) [s. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 161 ff.] und durch die „Gerichtsschreiberordnung" v. 10. Febr. 1886 (JMBl. S. 37) bzw. die „Geschäftsordnungen" vom 3. Aug. u. 8. Sept. 1879 (JMBl. S. 230, 324). Nach § 7 des angef. Ges. erfolgt die Anstellung gegen festes Gehalt auf Lebenszeit.

Zufolge § 8 Abs. 2 des Ges. v. 6. Mai 1869 (GS. S. 656) können nach wie vor auch Referendare die Geschäfte der Gerichtsschreiber wahrnehmen (Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 208, 213). Vgl. v. Rönne, Preuß. Staatsrecht 4. Aufl. III S. 357 ff.

In den wichtigsten Punkten mit d. Ges. v. 3. März 1879 stimmt überein d. Mecklenb. Verordn. v. 2. Mai 1879 (s. v. Amsberg, S. 241 ff., 893). Wegen der übrigen Bundesstaaten s. Hellmann, Lehrb. S. 161 ff.

3) Der Geschäftskreis des Gerichtsschreibers in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bestimmt sich nach der CPO. Hiernach liegt ihm vorzugsweise ob:

a) die Führung der Protokolle (§§ 149, 151); vgl. CPO. §§ 146 Anm. 7, 151 Anm. 1;

b) die Aufnahme gewisser Gesuche und Anträge (z. B. §§ 44, 98, 109, 346, 351, 353, 354, 371, 448, 532, 800, 824) sowie von Klagen beim Amtsgerichte (§ 457); vgl. hierüber Wach, Vortr. S. 66 ff.;

c) die Sorge für amtliche Zustellungen (§§ 187, 282, 342, 458) sowie die Mitwirkung bei Zustellungen von Seiten der Parteien (§§ 152—156, 167, 173, 179, 213, 730, 736);

d) die Entgegennahme der Ladungen behufs der Terminsbestimmung (§ 193) sowie der niederzulegenden vorbereitenden Schriftsätze und Urkunden (§§ 124, 125, 329, 408) und des Theilungsplans im Vertheilungsverfahren (§ 761);

e) die Bemerkung des Tags der Verkündung auf den Urtheilen und das Aushängen eines Verzeichnisses derselben (§§ 286, 287);

Zwölfter Titel. Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte.

§ 155. Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) werden bei dem Reichsgerichte durch den Reichskanzler, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

Entw. § 125. Mot. S. 174–188. Prot. S. 431, 432. Prot. z. CPO. S. 57.

---

f) die Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften (§ 271), insbesondere der vollstreckbaren Ausfertigungen (§§ 662, 663, 669) sowie der Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile (§ 646); vgl. auch § 674;

g) die Einforderung und Uebersendung von Akten (§§ 327, 506, 529).

Uebrigens enthält auch das GVG. (§§ 162, 192) vereinzelte auf den Geschäftskreis des Gerichtsschreibers bezügliche Bestimmungen. Vorzugsweise, wenngleich nicht ausschließlich, trägt der Gerichtsschreiber den Charakter einer Urkundsperson an sich (vgl. Hellmann, Lehrb. S. 161 ff., Wach I S. 320 ff., Planck I S. 130 ff.).

Für Preußen enthalten die §§ 69—72 des AG. z. GVG. weitere Vorschriften über den Geschäftskreis der Gerichtsschreiber in (gerichtlichen) Angelegenheiten, welche von den Deutschen Prozeßordnungen nicht betroffen werden.

4) Ueber Ausschließung und Ablehnung eines Gerichtsschreibers in Civilsachen vgl. CPO. § 49; über Verurtheilung eines solchen zur Tragung von Kosten das. § 97; über Beschwerden gegen seine Entscheidungen das. §§ 539 Anm. 2, 666 Anm. 3, 668, 705.

5) Die Worte „bei dem Reichsgerichte durch den Reichskanzler" sind auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. eingeschaltet, um dem gleichen, schon in den Mot. S. 155 niedergelegten Gedanken deutlichen Ausdruck zu geben. Die in § 141 vorgesehene Mitwirkung des Plenums des Reichsgerichts bei der Einrichtung (vgl. § 141 Anm. 2) ist dadurch nicht berührt. Vgl. übrigens § 141 Anm. 3, Geschäftsordn. v. 8. April 1880 § 24.

Zwölfter Titel.

Der zwölfte Titel handelt, obwohl er die allgemeine Ueberschrift „Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte" führt, doch nicht von allen Personen, welche überhaupt Zustellungen oder Vollstreckungen vorzunehmen haben (wie z. B. die Postboten nach den §§ 176—180 der CPO. oder die Gensdarmen als Hülfsbeamte des Staatsanwalts bei Strafvollstreckungen), sondern nur von den, zwar nicht ausschließlich, aber doch hauptsächlich mit Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen betrauten und als „Gerichtsvollzieher" bezeichneten Beamten (§ 155). Der Geschäftskreis derselben bestimmt sich hauptsächlich nach den Prozeßordnungen. Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kommen vorzugsweise die Abschnitte der CPO. über Zustellungen (§§ 152—190), Ladungen (§§ 191—195) und Zwangsvollstreckung (§§ 644—822) in Betracht. Hier ist nur von der Organisation des Instituts die Rede. [Vgl. Wach I S. 321 ff., Planck I § 33 S. 133 ff.]

§ 155.

1) Das Reichsrecht verlangt, daß in jedem Bundesstaate Beamte vorhanden sind, welche den reichsrechtlich geordneten Gerichtsvollzieherdienst besorgen, überläßt aber alles übrige wegen der Organisation des Instituts, abgesehen von dem Reichsgericht, den Bundesstaaten. Die Mot. bemerken darüber:

> „Durch diese Bestimmung wird es ermöglicht, daß der einzelne Bundesstaat innerhalb des Rahmens der Prozeßordnungen das Institut so gestaltet, wie es nach den territorialen Verhältnissen und namentlich nach dem zu Gebote stehenden Material am zweckmäßigsten ist. Die Reichsgesetzgebung muß das Institut, wenn dasselbe lebensfähig sein und heilsam wirken soll, in einer Weise auffassen, die den einzelnen Staaten für die Regelung desselben je nach den besonderen Verhältnissen einen möglichst weiten Spielraum gestattet.

Aus der indifferenten Stellung des Entwurfs gegenüber der Organisationsfrage ergiebt sich, daß der Begriff des Gerichtsvollziehers im Sinne der Prozeßordnungen erst durch die Bestimmungen der Landesjustizverwaltungen der einzelnen Bundesstaaten zur konkreten Gestaltung gebracht werden wird. Diese Gestaltung kann eine verschiedene sein. Es ist nicht nothwendig, daß dieselben Beamten zu allen Verrichtungen, welche die Prozeßordnungen den Gerichtsvollziehern zuweisen, in gleicher Weise ermächtigt werden. Es ist denkbar, daß das Amt der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamte von dem Amte der Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamte getrennt wird. Jedermann, der seiner Qualifikation nach geeignet erscheint, Vollstreckungen und Zustellungen oder nur Zustellungen vorzunehmen, und vom Staate mit dem Vollzuge der betreffenden Prozeßhandlungen betraut wird, ist Gerichtsvollzieher im Sinne des Entwurfs und der Prozeßordnungen. —

Demnach ist der „Gerichtsvollzieher" keineswegs nothwendig derjenige technische Beamte (Huissier), wie er im Gebiete des französischen Rechts und ähnlich auch in Bayern eine durchaus selbständige Beamtenkategorie bildet. — — — Im Sinne der Prozeßordnungen ist der Gerichtsvollzieher nur insoweit selbständig, als er ohne Vermittelung des Gerichts direkt von der Partei beauftragt werden kann. Die allgemeine Stellung der Gerichtsvollzieher muß nicht nothwendig eine andere als die der bisherigen Gerichtsdiener sein. Sie können öffentliche, vom Staate besoldete Unterbeamte bleiben, welche nicht nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, sondern auch auf anderen Gebieten der Rechtspflege thätig sind und ebensowohl Aufträge der Parteien als des Gerichts und der Staatsanwaltschaft auszuführen haben. Ob und inwieweit in denjenigen Ländern, wo der Gerichtsvollzieher im rheinischen Sinne besteht, das Institut so zu belassen oder auch anderweit, wo sich ein Bedürfniß rege macht, in gleicher Weise einzurichten sein wird; inwieweit ferner eine Trennung der verschiedenen Seiten des Gerichtsvollzieherdienstes und Uebertragung desselben an verschiedene, mehr oder minder qualifizirte selbständige Beamte oder die Zulassung von Gehülfen einzutreten hat, ob endlich anderen Beamten gewisse Zweige des Gerichtsvollzieherdienstes, insbesondere Zustellungen, mit zu übertragen sein werden, wie die Stellung des Gerichtsvollziehers im staatlichen Verbande seine territoriale Zuständigkeit und der Umfang seiner Berechtigungen gegenüber den Parteien zu ordnen sein wird — alles das bleibt den Landesjustizverwaltungen überlassen. Insbesondere hat die Landesjustizverwaltung auch den sog. inneren Geschäftsbetrieb der Gerichtsvollzieher, die Entgegennahme von Parteiaufträgen, die Vorbereitung der Akte — — — usw. zu normiren und ist ferner nicht gehindert, in Bezug auf den äußeren Geschäftsbetrieb (Zustellungen, Ladungen, Vollstreckungen) die Gerichtsvollzieher an Weisungen zu binden, welche die Vorschriften der Prozeßordnungen intakt lassen und mit dem Geiste derselben übereinstimmen."

Vgl. noch über die Thätigkeit der Gerichtsvollzieher Mot. z. GO. f. GV. S. 167 ff. und über die Art ihrer Entschädigung GO. f. GV. § 24 und Mot. dazu S. 183.

2) Ueber die selbständige Stellung der Gerichtsvollzieher im Civilprozeßverfahren als Zustellungsbeamte vgl. oben S. 167, als Vollstreckungsbeamte S. 699, 737, über Anträge 2c., betreffend das von ihnen bei der Zwangsvollstreckung beobachtete Verfahren usw., CPO. § 685, über ihre Verurtheilung zur Tragung von Kosten CPO. § 97. (Vgl. auch Planck I S. 135 ff.)

3) Hinsichtlich der Gerichtsvollzieher ist nicht bloß die Regelung der Geschäfts-, sondern auch die der Dienstverhältnisse reichsgesetzlich der Justizverwaltung überlassen. Vgl. § 154 Anm. 2 u. 5.

In Ausführung dieses Grundsatzes schreibt für Preußen § 73 des AG. z. GVG. vor:

„Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher werden durch den Justizminister bestimmt."

Dies ist geschehen durch die Gerichtsvollzieherordnung v. 17. Juli 1879 (JMBl. S. 194), jetzt v. 23. Februar 1885 (JMBl. S. 55) u. die Geschäftsanweisung v. 24. Juli 1879 (JMBl. S. 206), in §§ 121—137 ersetzt durch die Allg. Verf. v. 23. Febr. 1885 (JMBl. S. 68); erstere regelt die Dienst-, letztere die Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher.

Auch darüber war hiernach Bestimmung zu treffen, welchem Beamten die dienstliche Auf-

§ 156. Der Gerichtsvollzieher ist von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

I. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten:
1. wenn er selbst Partei oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, oder zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Schadensersatzpflichtigen steht;
2. wenn seine Ehefrau Partei ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. wenn eine Person Partei ist, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

II. in Strafsachen:
1. wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist;
2. wenn er der Ehemann der Beschuldigten oder Verletzten ist oder gewesen ist;
3. wenn er mit dem Beschuldigten oder Verletzten in dem vorstehend unter Nr. I 3 bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse steht.

Entw. § 126. Mot. S. 188. Prot. S. 431, 432.

---

sicht über die Gerichtsvollzieher gebührt (vgl. AG. z. GVG. §§ 80, 81). Die erforderlichen Bestimmungen enthält § 39 der Gerichtsvollzieherordn. v. 23. Febr. 1885. [Vgl. auch v. Rönne, Preuß. Staatsrecht 4. Aufl. III S. 360 ff.]

Wegen Württemberg s. Gaupp III S. 183, 184; wegen der übrigen Bundesstaaten s. Hellmann, Lehrb. S. 164.

4) Für Preußen enthalten in Bezug auf Geschäfte der Gerichtsvollzieher, welche nicht unter die deutschen Prozeßordnungen fallen, die §§ 74, 75 des AG. z. GVG. die erforderlichen Vorschriften (vgl. auch § 1 des AG. z. CPO.).

5) Ueber die Gebühren der Gerichtsvollzieher vgl. die GO. f. GV. v. 24. Juni 1878 (RGBl. S. 166) nebst der Novelle v. 29. Juni 1881 Art. 3 (RGBl. S. 178) und für Preußen hinsichtlich der nach den Vorschriften der deutschen Prozeßordnungen auszuführenden Zustellungen und Zwangsvollstreckungen in Angelegenheiten, welche vor besondere Gerichte gehören oder durch die deutschen Prozeßordnungen nicht getroffen werden, sowie hinsichtlich der nach den bisherigen Vorschriften zu erledigenden anhängigen Zwangsvollstreckungen das AG. z. GKG. v. 10. März 1879 §§ 32—41 (GS. S. 145), theilweise abgeändert durch Ges. v. 21. März 1882 § 1 (GS. S. 129).

§ 156.

1) Die Vorschriften des § 156 schließen sich genau an die der CPO. § 41 (und d. StrPO. § 22) für die Richter an.

Eine Nichtbeobachtung derselben hat, wie die Mot. bemerken, die Nichtigkeit des betreffenden Akts zur Folge. Vgl. CPO. §§ 513 Nr. 2, 542 Nr. 2. Die Nichtigkeit der Zustellung muß aber nach Vorschrift der CPO. § 267 Abs. 1 alsbald gerügt werden (vgl. CPO. § 267 Anm. 7, Seuffert CPO. § 267 Anm. 5, Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Hellmann I S. 465).

2) In Preußen finden die Vorschriften des § 156 nach § 76 des AG. z. GVG. auch in den durch die deutschen Prozeßordnungen nicht betroffenen Angelegenheiten entsprechende Anwendung. Vgl. Gerichtsvollzieherordn. § 34.

Dreizehnter Titel. **Rechtshülfe.**

§ 157. Die Gerichte haben sich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen Rechtshülfe zu leisten.

Entw. § 127. Mot. S. 188–191. Prot. S. 1.

Dreizehnter bis siebenzehnter Titel.

Die Vorschriften dieser Titel sind vorwiegend prozessualischen Inhalts und haben hier nur deshalb Aufnahme gefunden, weil sie für die CPO., StrPO. und KO. gemeinschaftliche Geltung haben.

Dreizehnter Titel.

Mot. S. 188—191.

Literatur: Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens im D. Reich und gegenüber dem Auslande in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten und in Konkurssachen. Erlangen 1886; Wach I S. 513 ff., Planck I S. 101 ff.

1) Ueber den Begriff und Umfang der Rechtshülfe bemerken die Mot.:

„Die territoriale Abgrenzung der gerichtlichen Bezirke hat zur Folge, daß ein Gericht zur Herbeiführung richterlicher oder der richterlichen Mitwirkung unterworfener Handlungen, welche in einem fremden Gerichtsbezirke vorzunehmen sind, die Hülfe anderer Gerichte (Rechtshülfe) in Anspruch zu nehmen genöthigt ist. Je nachdem die Wirksamkeit der Gerichtsgewalt über die Grenzen des Gerichtssprengels hinaus in größerem oder geringerem Umfange anerkannt ist, je nachdem die Nothwendigkeit der richterlichen Mitwirkung bei prozessualen Handlungen in mehr oder weniger Fällen vorgeschrieben ist, tritt die Nothwendigkeit der Rechtshülfe in weiterem oder engerem Umfange ein."

In der Praxis nur für (koordinirte) Gerichte desselben Staats als eine gleichmäßige gegenseitige Verpflichtung anerkannt (Wetzell S. 468), ist die Rechtshülfe (subsidium juris) unter deutschen Gerichten stets in weiterem Umfange geleistet worden (s. das. S. 470). Dem Ges., betr. die Gewährung der Rechtshülfe, v. 21. Juni 1869 (BGBl. S. 305), welches dieses Verhältniß — zum erheblichen Theil unter Benutzung des s. g. Nürnberger Entwurfs (1861) — rechtlich geordnet hat, liegt bereits der Gedanke einer Einheit der gesammten deutschen Gerichtsbarkeit zu Grunde. Der damalige Rechtszustand gebot jedoch gewisse Schranken, welche erst durch die gemeinsame Gerichtsorganisation und die gemeinsamen Prozeßordnungen, wenngleich nicht vollständig, beseitigt sind. Nach den Bestimmungen des Tit. 13 stehen die Gerichte innerhalb verschiedener Bundesstaaten den Gerichten desselben Staats vollkommen gleich (Ausnahmen s. in §§ 163, 165 Abs. 1, 168). Der Gedanke, daß ganz Deutschland ein einheitliches Gebiet der Rechtspflege bildet, ist damit durchgeführt. (Vgl. § 12 Anm. 6 u. John, Strafprozeßordnung S. 178 ff.; nach der Ausführung des Letzteren ist der Umstand, daß die ordentlichen Gerichte mit Ausnahme des Reichsgerichts bundesstaatliche Behörden sind, mit dem Satze der Mot., daß „die Gerichtsgewalt eines jeden deutschen Gerichts sich auf alle im Deutschen Reiche sich aufhaltenden Personen erstreckt", durchaus vereinbar.) Zugleich haben aber die Prozeßordnungen die Rechtshülfe im Sinne des GVG., d. h. die Hülfe anderer Gerichte, in weitem Umfange überhaupt entbehrlich gemacht (s. Anm. 3, 4; vgl. Hinschius im Rechtslexikon III S. 278 s. v. Rechtshülfe, Planck I S. 103 ff.).

2) Tit. 13 handelt zufolge § 2 d. EG. z. GVG. nur von der Rechtshülfe im Bereiche der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit, also derjenigen Rechtshülfe, welche die deutschen ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen einander zu gewähren haben. Außerhalb dieses Bereichs ist daher, wie auch die Mot. hervorheben, das Ges. v. 21. Juni 1869, welches die Rechtshülfe in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen umfaßt, in Kraft verblieben. Auch die Rechtshülfe von Gericht zu Staatsanwalt und umgekehrt oder von Staatsanwalt zu Staatsanwalt ist durch Tit. 13 nicht berührt. Vgl. jedoch §§ 162, 164, 165. Auf andere Behörden und Beamten beziehen sich die §§ 168, 169.

---

3) Nach dem die Prozeßordnungen und das GVG. beherrschenden Grundsatze, daß sich die Gerichtsgewalt eines jeden deutschen Gerichts auf alle sich im Deutschen Reiche aufhaltenden Personen ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit und den Wohnsitz oder Aufenthalt in einem anderen Bundesstaate erstreckt, sind die von einem deutschen Gerichte erlassenen Gebote und Verbote auch von den in einem anderen Bundesstaate befindlichen Personen zu befolgen, ohne daß dazu eine Anweisung ihres persönlichen Richters erforderlich wäre. Dies gilt insonderheit von gerichtlichen Ladungen (vgl. CPO. § 342 Anm. 4). Urtheile deutscher Gerichte unterliegen der Zwangsvollstreckung durch ganz Deutschland (s. das. § 660 Anm. 1), und die sonstigen Wirkungen der rechtskräftigen Entscheidung oder der Rechtshängigkeit können bei jedem anderen Gerichte desselben oder eines anderen Bundesstaats geltend gemacht werden (s. Rechtshülfeges. § 19).

4) Soweit die Thätigkeit eines Gerichtsvollziehers oder Gerichtsschreibers erforderlich ist, kann dieselbe von der Partei oder von dem in der Sache zuständigen Gerichte unmittelbar in Anspruch genommen werden, ohne daß es dazu der Dazwischenkunft eines Gerichts des betreffenden deutschen Gebiets, mithin einer eigentlichen Rechtshülfe bedarf. Vgl. §§ 161, 162; CPO. § 152 Anm. 2, 3 u. d. allg. Bem. z. d. §§ 191 ff. unter 2 (oben S. 200), Rechtshülfeges. §§ 3, 4, Wach I S. 514, Planck I S. 108. Hinsichtlich der Konkurssachen bemerken die Mot.:

> „In gleicher Weise werden durch die Bestimmungen der deutschen Konkursordnung die Vorschriften der §§ 13—18 des Rechtshülfegesetzes, welche die Rechtshülfe in Konkurssachen betreffen, erledigt."

5) Das Gebiet der Rechtshülfe, wie sie das Rechtshülfegesetz vor Augen hat, ist hiernach mit dem Inkrafttreten der Justizgesetze erheblich verengert. Abgesehen von den §§ 163, 164 liegt der Fall der Rechtshülfe, wie die Mot. hervorheben, fortan nur dann vor, wenn ein Gericht oder ein einzelner Richter eine nach der Vorschrift der Prozeßordnung erforderliche richterliche Handlung, welche in einem anderen Gerichtsbezirke, sei es desselben oder eines anderen Bundesstaats, vorzunehmen ist, dem Gerichte dieses anderen Bezirks überträgt.

Rechtshülfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kommt hauptsächlich bei Beweisaufnahmen, namentlich bei Zeugenvernehmungen (CPO. § 340) vor.

6) Inwieweit ausländischen Gerichten bzw. den Parteien in Sachen, welche vor ausländischen Gerichten schweben, Rechtshülfe zu leisten sei, ist nicht bestimmt. In dieser Beziehung entscheiden also auch jetzt die Staatsverträge (vgl. Staudinger, Sammlung von Staatsverträgen des D. Reichs über Gegenstände der Rechtspflege. Nördlingen 1882) bzw. das Landesrecht (vgl. CPO. § 661 Anm. 8—12, Hann. PO. § 29). Nach völkerrechtlicher Praxis genügen die Gerichte — die Gegenseitigkeit vorausgesetzt — den Ersuchen fremder Gerichte, insofern die Handlung formell statthaft ist und in der Zuständigkeit der ersuchten Gerichtsbehörde liegt (s. Renaud S. 55, Planck I S. 104, Starr, Rechtshülfe in Oesterreich. Wien 1878). Es ist dabei prinzipiell nur das inländische Prozeßrecht zu befolgen (s. Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht S. 51 ff.); jedoch kann der inländische Richter kraft landesgesetzlicher Vorschrift oder gewohnheitsrechtlicher Uebung aus Konnivenz bei gewissen Rechtshandlungen das ausländische Recht beobachten (Wach I S. 253).

Wegen der Vollstreckung der Urtheile ausländischer Gerichte vgl. CPO. §§ 660 ff.

Wegen der Zustellungen und der Beweisaufnahmen im Auslande s. CPO. §§ 182, 328, 329. Inwiefern behufs gerichtlicher Ladungen von im Auslande befindlichen Personen die Rechtshülfe ausländischer Gerichte in Anspruch zu nehmen ist, wird sich gleichfalls nach etwaigen Staatsverträgen richten (vgl. CPO. § 342 Anm. 5).

Wegen Vollstreckung diesseitiger Urtheile im Auslande vgl. CPO. § 700.

7) Außerhalb des Bereichs der Rechtshülfe liegen, wie die Mot. ausführen, die Requisitionen der Gerichte um Uebersendung von Akten, Ertheilung amtlicher Auskunft

---

u. dgl. m. Dieselben berühren, abgesehen von CPO. § 397 (s. das. Anm. 1, 2), das Prozeßverfahren nicht, sondern fallen in das Gebiet der Justizverwaltung; „es ist im Aufsichtswege zu ordnen, ob solchen Ersuchen stattzugeben ist". Vgl. jedoch §§ 165 Abs. 4, 169, CPO. § 338 Anm. 3.

Nach GKG. § 99 haben die Behörden einander zum Zwecke der Einziehung von Gebühren und Auslagen nach näherer Bestimmung der vom Bundesrathe zu erlassenden Anweisung Beistand zu leisten. Diese Anweisung ist unterm 23. April 1880 ergangen (Centralblatt f. d. D. Reich S. 278, Preuß. JMBl. S. 128 u. 144).

8) Für Preußen bestimmt AG. z. GVG. § 87:

> „Die Gerichte haben sich in den Angelegenheiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, Rechtshülfe zu leisten. Die Leistung der Rechtshülfe erfolgt unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§. 158 bis 160, 162, 164, 167 des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes. Eine Anfechtung der Entscheidung des Oberlandesgerichts findet in keinem Falle statt."

Die nicht angeführten §§ 161, 163, 165, 166, 169 passen nur auf die gegenseitigen Verhältnisse verschiedener Staaten. § 87 d. AG. bezieht sich nur auf das Verhältniß der preußischen Gerichte zu einander. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 56.)

9) Von der eigentlichen Rechtshülfe handeln die §§ 157—160, von den unmittelbar (ohne Rechtshülfe) außerhalb des Bezirks des Prozeßgerichts vorzunehmenden Handlungen die §§ 161, 162, von Vollziehung der Freiheitsstrafen §§ 163, 164, von den Kosten der Rechtshülfe und den Gebühren der Zeugen und Sachverständigen §§ 165, 166, von der Ueberschreitung der Grenzen des Bezirks bzw. Bundesstaats §§ 167, 168, von der Mittheilung der Akten einer öffentlichen Behörde § 169.

§ 157.

1) § 157 enthält das für die Leistung der Rechtshülfe maßgebende Prinzip, wonach in dieser Beziehung Landesgrenzen innerhalb Deutschlands nicht vorhanden sind (vgl. die allg. Bem. unter 1 u. 3; Rechtshülfeges. §§ 1, 20 und dazu Endemann, Die Rechtshülfe im Nordd. Bunde S. 10 ff., Hellmann, Lehrb. S. 152 ff., Wach I S. 513 ff., Planck I S. 103 ff.). Dasselbe ist besonders zum Ausdruck gebracht,

> „da bei dem Bestehenbleiben der territorialen Hoheit der einzelnen Bundesstaaten die Verpflichtung, den Gerichten anderer Bundesstaaten Rechtshülfe zu leisten, ungeachtet der gemeinsamen Gerichtsorganisation und des gemeinsamen Prozeßverfahrens nicht als selbstverständlich anzusehen ist" (Mot.).

§ 1 Abs. 2 des Rechtshülfeges. ist als selbstverständlich nicht aufgenommen (vgl. § 159 Anm. 2).

2) „Die Gerichte" — d. h. die deutschen ordentlichen Gerichte (vgl. d. allg. Bem. unter 2 u. 6) einschließlich des beauftragten oder ersuchten Richters (vgl. CPO. § 330). Der Satz:

> „Es macht keinen Unterschied, ob das ersuchende und das ersuchte Gericht demselben Bundesstaate, oder ob sie verschiedenen Bundesstaaten angehören" (Rechtshülfeges. § 1 Abs. 1)

ist als selbstverständlich weggelassen.

— „in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" — vgl. § 13 Anm. 1.

3) Ueber die Erzwingung der gesetzlichen Pflicht zur Rechtshülfe vgl. § 160.

4) Ueber die Befugnisse des ersuchten Richters zur Vornahme einzelner Handlungen, um deren Vornahme er nicht ausdrücklich ersucht ist, s. CPO. §§ 207, 365, 367 (anders §§ 352, 354); vgl. auch § 539 Anm. 1. Er entscheidet auch über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Rechtshülfe wie gegen die Prozedur vorbehaltlich der Beschwerde (vgl. § 160; Wetzell S. 472 ff., Renaud S. 53, 54, Planck I S. 106, 107).

§ 158. Das Ersuchen um Rechtshülfe ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll.

Entw. § 128. Mot. S. 191. Prot. S. 1.

§ 159. Das Ersuchen darf nicht abgelehnt werden.

Das Ersuchen eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts ist jedoch abzulehnen, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt, oder die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist.

Entw. § 129. Mot. S. 191, 192. Prot. S. 1.

---

§ 158.

1) „Das Ersuchen um Rechtshülfe" — Die Rechtshülfe wird nicht ohne Aufforderung seitens des Gerichts (§ 157 Anm. 2) geleistet, und diese Aufforderung ergeht in der Form des Ersuchens (Requisition, litterae mutui compassus s. requisitoriales; vgl. Rechtshülfegeſ. § 2), ohne daß jedoch gerade der Ausdruck „Ersuchen" nothwendig gebraucht werden müßte. Hiervon gilt auch dann keine Abweichung, wenn das Gericht ein vorgesetztes ist (vgl. jedoch §§ 159 Anm. 3, 160 Anm. 2). „Beauftragter Richter" im Sinne der Prozeßordnungen ist stets nur ein Mitglied des mit der Sache befaßten Gerichts (vgl. CPO. §§ 151 Anm. 2, 268, 313 ff., 326 usw.). Eine (in einem Beschwerdefalle erlassene) Verf. des preuß. Justizministers v. 8. Juli 1880 (Gruchot, Beitr. XXIV S. 879) spricht jedoch die Ansicht aus, daß die reichsgesetzlichen Bestimmungen wegen der Rechtshülfe über die Form, in welcher die Korrespondenz zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Gerichte zu führen, nichts bestimmt haben, und daß daher dem in Preußen bestehenden Geschäftsgebrauche gemäß das Ersuchen um Rechtshülfe, wenn dasselbe von einem Gerichte höherer Ordnung an ein zu seinem Bezirke gehöriges Gericht nachstehender Ordnung erlassen wird, in Form des Reskripts erfolge, während letzteres Gericht nach Erledigung des Ersuchens die Akten in der Form des Berichts wieder einzureichen habe. Keinesfalls berechtigt die unrichtig gewählte Form das nachgeordnete Gericht zur Ablehnung des Ersuchens.

Wer das „Ersuchungsschreiben" zu vollziehen hat, bestimmt sich, abgesehen von besonderen Vorschriften der CPO. (z. B. § 327 Abs. 1), nach dem Landesrechte.

2) — „an das Amtsgericht" — Die Leistung der Rechtshülfe ist ausschließlich den Amtsgerichten überwiesen. Vgl. § 24. Eine Ausnahme s. in § 164 Anm. 2.

3) — „in dessen Bezirke — soll" — Dies entspricht dem Erforderniß örtlicher Zuständigkeit in § 159 Abs. 2.

„Das Rechtshülfegesetz (§ 2) konnte bei der Verschiedenheit der bestehenden Gerichtsverfassungen eine entsprechende allgemeine Norm nicht geben" (Mot.).

§ 159.

1) Die Fassung des Entw. lautete:

„Das Ersuchen eines im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts darf überhaupt nicht, ein anderes Ersuchen nur dann abgelehnt werden, wenn" usw.

und ist von der Redaktions-Kommission der RTK., wie geschehen, geändert.

2) Abs. 1 enthält die Regel, Abs. 2 die einzigen Ausnahmen. Abgesehen von diesen, steht somit dem ersuchten Gerichte eine eigene Entscheidung hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit des Ersuchens bzw. der vorzunehmenden Handlung nicht zu, selbstverständlich also auch nicht hinsichtlich der Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts (Rechtshülfegeſ. § 1 Abs. 2). Das ersuchte Gericht vertritt das ersuchende in Bezug auf die in Frage stehende Prozeßhandlung, ähnlich wie der beauftragte Richter das beauftragende Gericht (vgl. CPO. § 151 Anm. 2, Wach I S. 516).

3) — „eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts" — E contrario folgt, daß das Ersuchen eines im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts niemals abgelehnt werden darf (vgl. Anm. 1), das Amtsgericht also von diesem unmittelbar zur Ausführung im Justizaufsichtswege genöthigt werden kann (s. § 160 Anm. 2). Unerheblich ist es, wie aus

der allgemeinen Fassung des Ges. und den Motiven sich ergiebt, ob dieses Gericht in der Eigenschaft als im Instanzenzuge vorgesetztes Gericht, also das Gericht der höheren Instanz in dem betreffenden Falle, das Ersuchen stellt (Löwe, StrPO. 3. Aufl. S. 122 Anm. 1a).

„Neu ist die Bestimmung, daß das Ersuchen eines im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts, also des Landgerichts und Oberlandesgerichts, in dessen Bezirke das ersuchte Amtsgericht belegen ist, sowie des Reichsgerichts überhaupt nicht abgelehnt werden darf. Die Bestimmung ist nothwendig, da es nicht angemessen erscheint, die im Instanzenzuge höheren Gerichte, im Falle sich der Amtsrichter weigert, dem Ersuchen Folge zu leisten, auf den Beschwerdeweg zu verweisen. Selbstverständlich ist die Bestimmung nicht; denn die Gerichte höherer Instanz sind nach den Prozeßordnungen und dem GVG. nur insoweit als vorgesetzte Gerichte anzusehen, als für die Gerichte niederer Instanz die im Rechtszuge getroffenen Entscheidungen der Gerichte höherer Instanz maßgebend sind; praktische Schwierigkeiten kann die Bestimmung auch in dem Falle nicht hervorrufen, wenn das Gericht höherer Instanz irrthümlich den unzuständigen Amtsrichter requirirt hat. Der Amtsrichter kann das Ersuchen an das zuständige Amtsgericht zur Erledigung abgeben oder zunächst bei dem ersuchenden Gericht vorstellig werden." (Mot.)

(Zu weit geht v. Schwarze, StrPO. S. 90, wenn er das im „Instanzenzuge vorgesetzten" auf alle Gerichte der höheren Ordnung, auch auf die anderer Bezirke und selbst anderer Bundesstaaten, bezieht. S. dagegen richtig Keller S. 199 Anm. 4, Endemann I S. 148, Löwe a. a. O. Anm. 1b, Thilo S. 224, Wilm. Levy Anm. 1, Böhm a. a. O. S. 9 Anm. 7 u. A.)

4) Abs. 2: — „ist — abzulehnen" — Die Vorschrift ist kategorisch (vgl. § 160). Die Nichtbeobachtung hat Unwirksamkeit der Handlung zur Folge. Beruht die Entscheidung darauf, so ist die Revision begründet.

— „wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt" — d. h. wenn die Handlung nicht in dessen Bezirke vorgenommen werden soll. [Vgl. §§ 158 Anm. 3, 167, Endemann I S. 149, Wilm. Levy Anm. 2, Hellmann, Lehrb. S. 163, Wach I S. 515, OLG. Colmar in Busch, Zeitschr. VII S. 92. A. M. Herzog das. II S. 365 ff., welcher die Unzuständigkeit regelmäßig schon dann annimmt, wenn die zu vernehmenden Personen (Zeugen, Sachverständige) nicht innerhalb des Bezirks des ersuchten Gerichts sich aufhalten, wiewohl das ersuchende Gericht doch gute Gründe haben kann, ein anderes Amtsgericht, als dasjenige, in welchem die betreffenden Personen sich aufhalten, um die Vernehmung zu ersuchen (z. B. wegen größerer Nähe, zur Vermeidung der Kosten doppelter Termine usw.), und obwohl bei offenbarem Irrthum bezüglich des Aufenthaltsorts stets durch eine Gegenvorstellung event. Beschwerde bei dem ersuchenden Richter wird geholfen werden können. Zweifelhaft Böhm a. a. O. S. 10, 11.]

Selbstverständlich kann, wie auch die Mot. hervorheben, der unzuständige Richter das Ersuchen an den ihm bekannten zuständigen abgeben (wie § 44 des Rechtshülfeges. allgemein verordnet). Dies ist aber keine eigentliche Subrequisition, wie im Falle des § 330 CPO.

Nicht das Gleiche gilt von der sachlichen Unzuständigkeit, welchen Fall der Ausdruck in dem entsprechenden § 37 d. Rechtshülfeges. („wenn die Vornahme der beantragten Handlung nicht zum Geschäftskreise des ersuchten Gerichts gehört") ebenfalls umfaßte. Das mit Rücksicht hierauf in der RTK. geäußerte Bedenken ließ der Abg. v. Schwarze wieder fallen, nachdem der Vertreter der Reichsregierung darauf hingewiesen hatte, daß das GVG. sich auf die besonderen Gerichte nicht beziehe (s. d. allg. Bem. unter 2), und daß für die ordentlichen Gerichte die sachliche Zuständigkeit sich genügend aus den gemeinsamen Prozeßordnungen und dem GVG. ergebe. Das Amtsgericht ist eben für das ganze Gebiet der nach den Prozeßordnungen und dem GVG. zu leistenden Rechtshülfe sachlich (ausschließlich) zuständig (vgl. Keller S. 198 Anm. 1, Hauck S. 197, Löwe a. a. O. Anm. 4 u. A.).

5) — „oder die vorzunehmende Handlung — verboten ist" — Diese Bestim-

§ 160. Wird das Ersuchen abgelehnt, oder wird der Vorschrift des §. 159 Abs. 2 zuwider dem Ersuchen stattgegeben, so entscheidet das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirke das ersuchte Gericht gehört. Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nur statt, wenn dieselbe die Rechtshülfe für unzulässig erklärt, und das ersuchende und das ersuchte Gericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören. Ueber die Beschwerde entscheidet das Reichsgericht.

Die Entscheidungen erfolgen auf Antrag der Betheiligten oder des ersuchenden Gerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung.

Entw. § 130. Mot. S. 192, 193. Prot. S. 1—6.

---

mung kann, wie die Mot. bemerken, bei der Verschiedenartigkeit des materiellen Rechts und bei der Möglichkeit, daß vor die ordentlichen Gerichte bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen gewiesen werden, für welche die Prozeßordnungen nicht maßgebend sind (vgl. § 3 d. EG. z. CPO.), auch während der Geltung der gemeinsamen Gesetze noch praktisch werden. Die Verschiedenartigkeit des Rechts ist aber nicht nothwendige Voraussetzung; es genügt auch Verschiedenartigkeit der Auffassung zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Gericht über die Verbotswidrigkeit einer Handlung nach dem gemeinsamen Recht (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 113).

„Handlung" — sei es des Gerichts, einer Partei oder eines Dritten (s. Rechtshülfegesetz § 37).

— „verboten" — ist, was entweder ausdrücklich untersagt oder doch schlechthin gesetzlich (nach Reichs- oder Landesrecht, soweit letzteres in Betracht kommen kann) unzulässig (nicht etwa blos nach Lage der Sache unbegründet) ist, z. B. eine am Vollstreckungsorte unstatthafte Vollstreckungsart im Gebiete der Immobiliarexekution (vgl. Wetzell S. 471; so auch Endemann I S. 149, 150, Löwe a. a. O. Anm. 3b, Thilo S. 226, Hellmann, Lehrb. S. 153, Herzog a. a. O. S. 362 ff.; enger: Keller S. 198, 199, Wilm. Levy Anm. 3), die Zuziehung eines Geistlichen bei der Eidesabnahme (s. CPO. § 442 Anm. 3. A. M. v. Kräwel in Busch, Zeitschr. IV S. 270), die Vernehmung eines gesetzlichen Vertreters als Zeugen (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 113), eine am Vollstreckungsort unstatthafte Haft zur Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens (vgl. CPO. § 774 Abs. 2) usw. Vgl. noch CPO. §§ 661 Anm. 4, 867 Anm. 3.

Ob das Gesetz, wonach das Verbot besteht, auch für das ersuchende Gericht gilt, ist unerheblich. (Vgl. Löwe a. a. O. Anm. 3a.)

§ 160.

1) Während § 38 d. Rechtshülfeges. nur in sehr unbestimmter Weise „über die Zulässigkeit der Rechtshülfe und die Rechtmäßigkeit der Verweigerung" die Gerichte des Staats, welchem das ersuchte Gericht angehört, „im geordneten Instanzenzuge" entscheiden läßt, wird hier die Zuständigkeit und das Verfahren näher geregelt. Eine vorgängige Gegenvorstellung an das ersuchte Gericht ist nicht ausgeschlossen (Mot. S. 192, Endemann I S. 153).

Daß das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirke das ersuchte Gericht gehört, entscheidet, enthält eine Abweichung von der Regel des § 71. Die Folge ist die schließliche Zuständigkeit des Reichsgerichts. Gehören aber die verschiedenen Oberlandesgerichte einem und demselben Bundesstaate an, so hat über die „Beschwerde" wegen Ablehnung der Rechtshülfe in den nach § 8 d. EG. z. GVG. zur Zuständigkeit des obersten Landesgerichts gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das oberste Landesgericht zu entscheiden (vgl. CPO. § 36 Anm. 2 a. E.; Hauck S. 198, Thilo S. 228, Wilm. Levy Anm. 6, Böhm a. a. O. S. 12 Anm. 15. A. M. Endemann I S. 154).

Je nachdem es sich um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten oder um Strafsachen handelt, entscheidet der Civil- bzw. Strafsenat des Oberlandesgerichts. Vgl. auch § 183 Anm. 4.

2) „Wird — abgelehnt" — Hierunter fällt, wie die Mot. hervorheben, auch der Fall, wenn über die Ausführung Streit entsteht; „denn jede dem Ersuchen nicht völlig entsprechende

Ausführung enthält eine theilweise Ablehnung". Unregelmäßigkeiten und Verzögerungen fallen jedoch in das Gebiet der Justizaufsicht und können bei der dem Amtsgerichte vorgesetzten, nach Landesrecht sich bestimmenden Aufsichtsbehörde gerügt werden, während über die Frage der Gewährung oder Versagung der Rechtshülfe selbst nur in dem hier geregelten Verfahren entschieden werden kann.

Im Falle der Ueberordnung des ersuchenden Gerichts kann dieses selbstverständlich das ersuchte Gericht zur Erledigung des Ersuchens im Aufsichtswege nach Maßgabe des Landesrechts anhalten (vgl. § 159 Anm. 3).

3) — „oder wird — stattgegeben" — Diese Worte sind von der RTK. auf Antrag des Abg. Reichensperger hinzugefügt. Der Entwurf erachtete eine bezügliche Bestimmung für entbehrlich, da die Vorschriften der Prozeßordnungen über das dort geordnete Rechtsmittel der Beschwerde genügten. In der RTK. wurde jedoch mehrseitig geltend gemacht, daß zur Beurtheilung der in § 159 Abs. 2 bezeichneten Frage das dem ersuchten Gericht vorgesetzte Oberlandesgericht geeigneter sei als das Beschwerdegericht der Prozeßordnungen. Die Beschwerde nach Maßgabe der CPO. §§ 530 ff. wird durch die vorliegende Bestimmung übrigens nicht ausgeschlossen. (Ebenso v. Schwarze StrPO. S. 91, Hauck S. 198, Thilo S. 227 u. A.)

Für die Anwendung der vorliegenden Bestimmung ist nur dann Raum, wenn die Rechtshülfe noch nicht vollständig ausgeführt ist; „stattgegeben" ist also gleichbedeutend mit „stattzugeben beschlossen" (s. Endemann I S. 151, 152, Wilm. Levy Anm. 1 a. E.).

4) Nur unter den in Satz 2 bezeichneten beiden Voraussetzungen, welche kumulativ vorgeschrieben sind, ist die „Beschwerde" an das Reichsgericht gestattet. Dieselbe folgt jedoch nicht den §§ 530 ff. d. CPO. (s. Anm. 5). — Eine Abweichung von Satz 2 enthält d. Preuß. AG. z. GVG. § 87 Satz 2 für die dort bezeichneten Angelegenheiten (s. d. allg. Bem. z. Tit. 13 unter 8).

5) Abs. 2: Die in Abs. 1 bezeichneten Gerichte werden nur auf Antrag thätig. Ueber die Natur dieser Rechtsbehelfe äußern die Mot.:

> „Die hiernach gegebenen Rechtsmittel kann man als Beschwerden im weitesten Sinne bezeichnen. Jedoch haben diese Beschwerden mit der Beschwerde und der weiteren Beschwerde im Sinne der Prozeßordnungen sachlich nichts gemein und ihre Voraussetzung und Begründung richtet sich in keinem Falle nach den Vorschriften der Prozeßordnungen. Zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt der Entw. ausdrücklich, daß die Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung erfolgen."

Vgl. CPO. § 530 Anm. 4; Wetzell S. 473.

6) — „der Betheiligten" — d. h. Derer, welche ein Interesse daran haben, daß dem Gesuche stattgegeben oder nicht stattgegeben wird, also Parteien, Zeugen usw. je nach den Umständen.

— „oder des ersuchenden Gerichts" — selbstverständlich nur im Falle der Ablehnung des Ersuchens. Der Antrag dieses Gerichts kann auch mit dem eines Betheiligten zusammentreffen.

Der Antrag ist formlos. Für den Antrag eines Betheiligten wird sich aber § 532 Abs. 2 d. CPO. zu entsprechender Anwendung eignen. Ob der Antrag bei dem ersuchten Gerichte oder bei dem Beschwerdegerichte anzubringen (s. CPO. § 532 Abs. 1), ist nicht bestimmt, also dem Ermessen des Antragstellers überlassen; in ersterem Falle wird das ersuchte Gericht den Antrag einzureichen haben. (Vgl. Endemann I S. 153, Wilm. Levy Anm. 7.)

7) — „ohne vorgängige mündliche Verhandlung" — Die mündliche Verhandlung ist hier, abweichend von CPO. § 536 Abs. 1, wo dieselbe fakultativ ist („kann"), unbedingt ausgeschlossen.

Die (schriftliche) Anhörung des Gegners oder anderer Personen bleibt dem Gerichte überlassen (vgl. CPO. §§ 37 Anm. 2, 119 Anm. 4, 536 Anm. 1). Wegen Zustellung der Entscheidung s. CPO. § 294 Abs. 3.

§ 161. Die Herbeiführung der zum Zwecke von Vollstreckungen, Ladungen und Zustellungen erforderlichen Handlungen erfolgt nach Vorschrift der Prozeßordnungen ohne Rücksicht darauf, ob die Handlungen in dem Bundesstaate, welchem das Prozeßgericht angehört, oder in einem anderen Bundesstaate vorzunehmen sind.

Entw. § 131. Mot. S. 193, 194. Prot. S. 6.

§ 162. Gerichte, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreiber können wegen Ertheilung eines Auftrags an einen Gerichtsvollzieher die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts in Anspruch nehmen, in dessen Bezirke der Auftrag ausgeführt werden soll. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als unmittelbar beauftragt.

Entw. § 132. Mot. S. 194. Prot. S. 7.

---

§ 161.

1) Die Bestimmung enthält eine wichtige Konsequenz der die Prozeßordnungen und das GVG. beherrschenden allgemeinen Grundsätze, insonderheit der Ausdehnung der Gerichtsgewalt (s. d. allg. Bem. z. Tit. 13 unter 1, 3). Für Vollstreckungen, Ladungen und Zustellungen — das Gebiet des unmittelbaren Prozeßbetriebs (s. oben S. 166, 200, 699) — ist danach eine Rechtshülfe (Mitwirkung des Gerichts, in dessen Bezirk die Handlung vorzunehmen ist, als solchen) nicht mehr erforderlich. Dies gilt auch insoweit, als die Zwangsvollstreckung den Gerichten zugewiesen ist (s. CPO. § 674 Anm. 2). Ein Unterschied, ob das Prozeßgericht und der Gerichtsvollzieher oder ersteres und das Vollstreckungsgericht (CPO. § 684) demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören, findet nicht statt. Auch bei der Zustellung durch die Post (CPO. §§ 176 ff.) kommt es nicht darauf an, ob der Postbote und der Gerichtsschreiber (CPO. § 179) oder Gerichtsvollzieher, welcher die Mitwirkung der Post nachgesucht hat, demselben oder einem andern Bundesstaate angehören. Alle diese Amtsstellen bzw. Beamten handeln auf unmittelbares Anrufen der Betheiligten. Vgl. die allg. Bem. unter 4.

„Diese sich aus den Prozeßordnungen ergebenden Grundsätze werden in § 161 noch zum besonderen Ausdruck gebracht. Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Beziehung erschien zweckmäßig, um dem bisher geltenden Recht gegenüber (§§ 3—12, 20, 40 d. Rechtshülfeges.) jeden Zweifel zu beseitigen, daß es bei Ladungen, Zustellungen und Vollstreckungen des Ersuchens um Rechtshülfe nicht bedarf." (Mot.)

2) „Vollstreckungen" — d. h. Vollstreckungen jeder Art, mit alleiniger Ausnahme der Freiheitsstrafen (§§ 163, 164). Keine Ausnahme gilt für Geldstrafen, welche vielmehr nach StrPO. § 495 durch direkten Auftrag an einen Gerichtsvollzieher bzw. direktes Gesuch beim Vollstreckungsgerichte, soweit es dessen Mitwirkung bedarf, zur Vollstreckung gelangen (vgl. CPO. §§ 345, 355, 374, 729 ff., 774 Anm. 3).

Wegen der Militärpersonen vgl. CPO. §§ 345 Abs. 4, 355 Abs. 4, 374 Abs. 3, 673, 699, 774 Anm. 5.

§ 162.

1) Die Vorschrift enthält eine Geschäftserleichterung. Wie CPO. §§ 152 Abs. 2, 674 Abs. 2 den Parteien (allerdings in beschränkterem Umfange), so gestattet § 163 den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreibern, sofern dieselben in die Lage kommen, einen Gerichtsvollzieher eines fremden Bezirks zu beauftragen, dessen Name ihnen oft unbekannt sein wird, sich dazu der Mitwirkung des Gerichtsschreibers jenes Bezirks zu bedienen. Dieser hat dann den Gerichtsvollzieher zu beauftragen, welcher als unmittelbar von dem Gerichte usw. beauftragt gilt (vgl. CPO. § 674 Abs. 2 Satz 2). Ein Unterschied, ob das Gericht usw. und der ersuchte Gerichtsschreiber demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören, wird auch hier nicht gemacht. — Auf die Parteien bezieht sich § 162 nicht. (Zustimmend Wilm. Levy Anm. 1. A. M. Endemann I S. 256, welcher denselben gestatten will, in solchen Fällen — nicht blos in dem beschränkten Umfange des § 152 d. CPO. — die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch zu nehmen.)

§ 163. Eine Freiheitsstrafe, welche die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, ist in demjenigen Bundesstaate zu vollstrecken, in welchem der Verurtheilte sich befindet.

Entw. § 133. Mot. S. 194–196. Prot. S. 7.

---

2) Wo der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts sich unmittelbar der Post bedienen kann, bedarf es niemals des Umwegs des § 162 (vgl. Hauck S. 199).

3) Nach RG. I S. 233 folgt daraus, daß hier die Staatsanwaltschaften mit den Gerichten in eine Linie gestellt werden, nicht, daß bei der Vollstreckung von Vermögensstrafen (StrPO. § 495) der schriftliche Auftrag der Staatsanwaltschaft an den Gerichtsvollzieher die Stelle einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils vertritt; vgl. jedoch CPO. § 662 Anm. 3.

§§ 163, 164.

1) Auch für Freiheitsstrafen, soweit solche im Gebiete des Civilprozesses vorkommen (vgl. §§ 178–184, CPO. §§ 345, 355 Abs. 1, 775), gilt ausnahmslos der Grundsatz, daß dieselben durch ganz Deutschland hin zu vollstrecken sind (s. d. allg. Bem. unter 1, 3–5). Die Rechtshülfe, welche in dieser Beziehung zu leisten ist, besteht indessen bezüglich der Gerichte verschiedener Staaten in der Regel nicht in der Vollstreckung (s. § 163 Anm. 4), sondern nur in der Ablieferung (§ 164). Denn der Grund für die Bestimmung in § 33 des Rechtshülfegesetzes, „daß die Vollstreckung von Kapitalstrafen und längeren Freiheitsstrafen eine Last ist, deren Uebernahme einem Staate auf Grund eines in einem anderen Staate ergangenen Straferkenntnisses nicht zugemuthet werden kann, bleibt auch nach Einführung der gemeinsamen Strafprozeßordnung zutreffend." (Vgl. Mot. S. 194.) Nur hinsichtlich der kurzen Freiheitsstrafen gilt nach § 163 eine Ausnahme.

2) Unter „Freiheitsstrafe" fällt nicht die Haft zur Erzwingung einer Handlung (CPO. §§ 355 Abs. 2, 774) sowie des Offenbarungseides (das. § 782), wohl aber die „Strafe der Haft" in den Fällen der §§ 345, 355 Abs. 1, 775 das. (vgl. § 775 Anm. 2). [S. auch Wilm. Levy § 162 Anm. 1, Böhm a. a. O. S. 15. A. M. Endemann I S. 157, der auch § 775 nicht hierher rechnet, und andererseits Thilo S. 231, welcher die §§ 355, 374, 774 ausnahmslos mitbegreift.] Auf jene Haft dürften die Bestimmungen der §§ 163, 164 auch nicht entsprechende Anwendung finden, da sich von vornherein gar nicht übersehen läßt, ob dieselbe die Dauer von sechs Wochen übersteigen wird oder nicht (vgl. CPO. § 794), und da eine Ablieferung während der Haft schwerlich in der Absicht des Gesetzes gelegen hat. Vielmehr gilt hinsichtlich ihrer die Regel des § 161, wonach die Vollstreckung dem ersuchten Gerichte ohne Einschränkung zufällt. [A. M. Keller S. 204 Anm. 1, welcher auch „die Zwangshaft gegen einen Zeugen (§ 355 CPO.)" nach § 164 vollstreckt wissen will.]

Wegen Vollstreckung von Gesammtstrafen in Fällen, in welchen die Festsetzung der Einzelstrafen durch Gerichte verschiedener Bundesstaaten erfolgt ist, s. Beschl. des Bundesraths v. 11. Juni 1885 (abgedruckt im Preuß. JMBl. 1885 S. 310).

§ 163.

1) Die Vorschrift hat nur in dem Falle Bedeutung, wenn der Verurtheilte sich in einem anderen Bundesstaate befindet als das verurtheilende Gericht. In diesem Falle findet bei den in § 163 bezeichneten kurzen Freiheitsstrafen keine Ablieferung statt (§ 33 d. Rechtshülfegesetzes redet — seinem völkerrechtlichen Standpunkte gemäß — von „Auslieferung"). Der Verurtheilte kann derselben widersprechen. (S. auch Keller S. 202 Anm. 3, Löwe a. a. O. § 163 Anm. 6a. Zweifelhaft Endemann I S. 157.)

2) — „welche — nicht übersteigt" — Im Civilprozesse kann die „Strafe der Haft" (vgl. CPO. §§ 345 Abs. 1, 2, 355 Abs. 1, 775; GVG. §§ 179, 180) nur im Falle des § 775 die Dauer von 6 Wochen übersteigen.

§ 164. Soll eine Freiheitsstrafe in dem Bezirke eines anderen Gerichts vollstreckt oder ein in dem Bezirke eines anderen Gerichts befindlicher Verurtheilter zum Zwecke der Strafverbüßung ergriffen und abgeliefert werden, so ist die Staatsanwaltschaft bei dem Landgerichte des Bezirks um die Ausführung zu ersuchen.

Entw. § 134. **Mot.** S. 194–196. **Prot.** S. 7.

§ 165. Im Falle der Rechtshülfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten sind die baaren Auslagen, welche durch eine Ablieferung oder Strafvollstreckung entstehen, der ersuchten Behörde von der ersuchenden zu erstatten.

Im übrigen werden Kosten der Rechtshülfe von der ersuchenden Behörde nicht erstattet.

---

3) Daß der fremde Bundesstaat auch die Vollstreckung längerer Freiheitsstrafen übernimmt, ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen (Prot. S. 9).

4) Ueber eine Rechtshülfe unter Gerichten desselben Bundesstaats ist in § 163 nichts bestimmt. Die Landesjustizverwaltung wird daher die Frage zu regeln haben, in welchen Fällen Ablieferung (§ 164), in welchen Vollstreckung durch das Gericht des Aufenthaltsorts einzutreten hat.

§ 164.

1) „Soll — werden" — Wann das eine oder das Andere geschehen soll, ist hier nicht bestimmt. Ueber diese Frage vgl. § 163 Anm. 1, 3, 4. Vorausgesetzt ist, daß in der einen oder der anderen Richtung Rechtshülfe erforderlich ist.

2) — „so ist — zu ersuchen" — Die Rechtshülfe ist hier ohne Unterschied zwischen Gerichtsbezirken desselben Staats und Gerichtsbezirken verschiedener Bundesstaaten ausschließlich der Staatsanwaltschaft übertragen (vgl. die Kritik bei Löwe a. a. O. S. 128 Anm. 4 und das von ihm angeführte Reskr. des preuß. Just.-Min.), gleichviel ob die Vollstreckung an sich dem Vorsitzenden oder dem Gerichte bzw. einem Richter (vgl. §§ 180—182, StrPO. § 483 Abs. 1, 3) oder der Staatsanwaltschaft obliegen würde. Die ersuchte Staatsanwaltschaft hat, wie auch die Mot. bemerken, die Ausführung des Ersuchens stets unmittelbar durch die ihr zur Verfügung stehenden Organe zu veranlassen.

3) Dem Ersuchen wird auch im Civilprozesse nach Analogie von StrPO. § 483 Abs. 1 eine mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehene, beglaubigte Abschrift der betreffenden Urtheilsformel beizufügen sein.

4) Die ersuchte Staatsanwaltschaft hat lediglich das Vorhandensein der „formellen Voraussetzungen der Strafvollstreckung" (s. Anm. 3) und die Zulässigkeit des Ersuchens (§§ 163, 164) zu prüfen. Gegen die ablehnende Bescheidung findet Beschwerde an die Staatsanwaltschaft des Oberlandesgerichts und die weitere Beschwerde an die Landesjustizverwaltung statt (§ 148). § 160 findet hier keine Anwendung.

5) Die §§ 31, 32 d. Rechtshülfeges. sind nicht aufgenommen, „da sie sich", wie die Mot. bemerken, „nach den Bestimmungen der StrPO. in Verbindung mit den Vorschriften des Entw. über die Rechtshülfe von selbst ergeben."

§ 165.

1) Anders als § 43 d. Rechtshülfeges. beschränkt sich § 165 seinem ganzen Inhalt nach auf den Fall, wenn die ersuchte Behörde (d. h. Gericht oder Staatsanwaltschaft) einem anderen Bundesstaate angehört. Für den Verkehr der Behörden desselben Staats ist hinsichtlich der Kosten der Rechtshülfe nichts bestimmt. Dieser Punkt ist Sache des Landesrechts. Vgl. Preuß. AG. z. GKG. § 28, Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 367.

2) Die Regel für das Verhältniß der ersuchenden zur ersuchten Behörde enthält Abs. 2. Die ersuchte Behörde hat danach auch die Auslagen definitiv zu bestreiten,

Ist eine zahlungspflichtige Partei vorhanden, so sind die Kosten von derselben durch die ersuchende Behörde einzuziehen und der eingezogene Betrag der ersuchten Behörde zu übersenden.

Stempel-, Einregistrirungsgebühren oder andere öffentliche Abgaben, welchen die von der ersuchenden Behörde übersendeten Schriftstücke (Urkunden, Protokolle) nach dem Rechte der ersuchten Behörde unterliegen, bleiben außer Ansatz.

Entw. § 135. Mot. S. 196. Prot. S. 7—9.

---

welche durch Ausführung des Ersuchens entstehen. Eine Ausnahme gilt nach Abs. 1 nur hinsichtlich derjenigen baaren Auslagen, welche durch eine Ablieferung oder Strafvollstreckung entstehen (vgl. GKG. § 79 Nr. 7, 8), sowie in gewissem Sinne auch nach Abs. 3. Ein Antrag, die Ausnahme auf alle baaren Auslagen auszudehnen, ist von der RTK. abgelehnt. Nach einem Uebereinkommen der Landesjustizverwaltungen der deutschen Bundesstaaten (s. Preuß. JMBl. 1885 S. 152) gelten dabei folgende näheren Grundsätze:

1. Als Beginn des Ablieferungs- oder Strafvollstreckungsverfahrens ist die Ergreifung des Abzuliefernden beziehungsweise Verurtheilten anzusehen.
2. Die nach dem Zeitpunkte der Ergreifung entstehenden, zur Ausführung der Ablieferung oder Strafvollstreckung aufgewendeten Kosten, insbesondere auch die Kosten der Verpflegung, sind zu den zu erstattenden baaren Auslagen zu rechnen, ohne Rücksicht darauf, ob die Ablieferung oder Strafvollstreckung völlig durchgeführt oder ob etwa durch die Flucht des Verhafteten oder durch andere Umstände ein Hinderniß entgegengetreten ist.
3. Zu den zu erstattenden baaren Auslagen gehören nur die mit dem Ablieferungs- oder Strafvollstreckungsverfahren selbst verbundenen Kosten, nicht die nebenbei durch Zustellungen oder Korrespondenzen entstehenden Auslagen (Zustellungsgebühren, Postgebühren und dergleichen).

3) „Ablieferung" — vgl. § 164. Die „Strafvollstreckung" umfaßt Geldstrafen wie Freiheitsstrafen (vgl. § 161 Anm. 2). Ob das ersuchte Gericht zur Vollstreckung verpflichtet war, ist unerheblich (vgl. § 163 Anm. 2, 3), wie in der RTK. konstatirt wurde (Prot. S. 9).

Die Erstattung erfolgt aus der Staatskasse ohne Rücksicht darauf, ob die Einziehung (Abs. 3) möglich ist. Vorschußweise aber kann sie nicht gefordert werden, sondern erst nach geleisteter Rechtshülfe.

4) Abs. 3 enthält eine die Ersatzpflicht erheblich erweiternde Vorschrift für den Fall des Vorhandenseins einer zahlungspflichtigen Partei; vgl. z. B. CPO. § 773 Abs. 2. Häufig wird die Person des Zahlungspflichtigen zur Zeit der Rechtshülfe noch nicht feststehen. Die Einziehung erfolgt dann erst mit den übrigen Kosten, nöthigenfalls mittels Zwangsvollstreckung. (Vgl. auch Löwe a. a. O. § 165 Anm. 6.)

— „die Kosten" — nämlich der Rechtshülfe (Abs. 2), d. h. alles, was behufs Ausführung des Ersuchens bei dem ersuchten Gerichte an baaren Auslagen (z. B. Gebühren der Zeugen und der Sachverständigen; vgl. auch Anm. 2) und Gebühren des Gerichts nach Maßgabe des GKG. aufzuwenden ist (vgl. Endemann, Rechtshülfe S. 160, 161). Auch die Stempel usw., welche bei dem ersuchten Gericht zu verwenden sind, gehören hierher (s. Anm. 4).

Eine Partei, welcher das Armenrecht bewilligt ist (CPO. §§ 106 ff.), ist nicht „zahlungspflichtig". In diesem, wie in dem Falle, wenn sich das Unvermögen des Zahlungspflichtigen bei der Einziehung ergiebt, hat das ersuchte Gericht an das ersuchende bzw. an die Kasse des betreffenden Bundesstaates keinen Anspruch. Die Beurtheilung der Zahlungsunfähigkeit der Partei steht lediglich der ersuchenden Behörde zu. (So auch Böhm a. a. O. S. 122 Anm. 6.)

5) Abs. 4: Die Bestimmung ist auf Antrag des Abg. v. Puttkamer von der RTK. aufgenommen, um die Doppelbesteuerung zu vermeiden, welche eintreten würde, wenn die schon nach

§ 166. Für die Höhe der den geladenen Zeugen und Sachverständigen gebührenden Beträge sind die Bestimmungen maßgebend, welche bei dem Gerichte gelten, vor welches die Ladung erfolgt.

Sind die Beträge nach dem Rechte des Aufenthaltsorts der geladenen Personen höher, so können die höheren Beträge gefordert werden.

Bei weiterer Entfernung des Aufenthaltsorts der geladenen Personen ist denselben auf Antrag ein Vorschuß zu bewilligen.

Entw. § 136. Mot. S. 196. Prot. S. 9—12, 680.

---

dem Rechte des ersuchenden Gerichts besteuerten, zur Benutzung, z. B. als Grundlage einer Beweisaufnahme, übersandten Urkunden usw. nochmals nach dem Rechte des ersuchten Gerichts einer Abgabe, z. B. der in Elsaß-Lothringen sehr erheblichen Einregistrirungsgebühr, unterlägen. Der Antrag desselben Abg., die Vorschrift auch auf die von dem ersuchten Gerichte aufgenommenen Schriftstücke auszudehnen, wurde abgelehnt. In dieser Beziehung bewendet es also bei dem Landesrecht.

§ 166.

1) Abs. 1: — „der — gebührenden Beträge" — vgl. CPO. §§ 366, 378, GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878.

— „die Bestimmungen — erfolgt" — Vorausgesetzt ist, daß auch nach der Gebührenordnung in dieser Beziehung Verschiedenheiten bestehen bleiben. Das ist in der That der Fall [s. z. B. GO. f. Z. u. S. §§ 13, 14; auch werden sich lokale Verschiedenheiten stets wegen der Verschiedenheit der maßgebenden Umstände erhalten (s. das. §§ 2—4 ꝛc.)]. In erster Linie entscheiden die Bestimmungen bei dem Gerichte, vor welches die Ladung erfolgt.

2) Abs. 2 ist von der RTK. auf Antrag der Abg. Becker u. Gen. eingeschaltet. Derselbe enthält eine Modifikation des Abs. 1, durch welche thatsächlich die Vorschrift des § 40 des Rechtshülfegesetzes hergestellt ist. Auf die Verschiedenheit des Bundesstaats kommt es auch hier nicht an.

3) Abs. 3: Nach § 40 d. Rechtshülfeges. hat der Zeuge, sobald er die Landesgrenze zu überschreiten hat, unbedingt auf den Vorschuß Anspruch. Das GVG. macht den Anspruch von einer „weiteren Entfernung des Aufenthaltsorts" abhängig, gleichviel ob dieser in demselben Bundesstaate, ja in demselben Gerichtsbezirke belegen ist. (S. auch Prot. S. 680.) Die Vorschrift gehört also eigentlich nicht in die Lehre von der Rechtshülfe. Sie gilt ganz allgemein für jede Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen außerhalb ihres Aufenthaltsorts und hätte gleichwie Abs. 1 u. 2 bei den einschlagenden Bestimmungen der Prozeßordnungen (s. CPO. §§ 366, 378; StrPO. §§ 70, 84) ebensowohl ihre Stelle finden können. Ob eine „weitere Entfernung" anzunehmen, hat das Gericht, vor welches geladen wird, zu beurtheilen. An dasselbe ist auch der Antrag des Zeugen oder Sachverständigen zu richten. Nimmt aber das Gericht das Vorhandensein einer weiteren Entfernung an, so muß es den Vorschuß bewilligen, selbst wenn der Betreffende die Kosten der Reise ohne Schwierigkeit zu bestreiten vermag. (So auch Keller S. 207, Thilo S. 237. A. M. Löwe a. a. O. S. 130 Anm. 4.) Selbstverständlich wird jedoch das Gericht eine Entfernung, die für den Unbemittelten eine weitere ist, nicht nothwendig auch einem Bemittelten gegenüber als eine solche anzusehen haben. Der Vorschuß wird nach der Höhe der nach GO. f. Z. u. S. §§ 6 ff. zu gewährenden Reiseentschädigung zu bemessen sein. Auf die Verpflichtung, der Ladung zu folgen, ist die Bewilligung des Vorschusses insofern nicht ohne Einfluß, als in der Nichtbewilligung beim Vorhandensein der Voraussetzungen des Abs. 3 eine genügende Entschuldigung des Ausbleibens zu finden ist (vgl. CPO. §§ 346, 367; Keller S. 157, Endemann I S. 161).

4) Auch aus anderen Gründen als wegen weiterer Entfernung des Aufenthaltsorts wird dem Zeugen oder Sachverständigen auf Antrag ein Vorschuß bewilligt werden können (vgl. Keller S. 208).

§ 167. Ein Gericht darf Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Orts nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet. In diesem Falle ist dem Amtsgerichte des Orts Anzeige zu machen.

Entw. § 137. Mot. S. 196. Prot. S. 12.

§ 168. Die Sicherheitsbeamten eines Bundesstaates sind ermächtigt, die Verfolgung eines Flüchtigen auf das Gebiet eines anderen Bundesstaates fortzusetzen und den Flüchtigen daselbst zu ergreifen.

Der Ergriffene ist unverzüglich an das nächste Gericht oder die nächste Polizeibehörde des Bundesstaates, in welchem er ergriffen wurde, abzuführen.

Entw. § 138. Mot. S. 196, 197. Prot. S. 12–15.

Wegen des zur Deckung der Staatskasse von der Partei zu leistenden Vorschusses s. CPO. § 344, GKG. § 84.

§ 167.

1) Die Mot. bemerken über die Voraussetzungen:

„Die Thätigkeit der Gerichte hat sich der Regel nach auf den ihnen zugewiesenen Gerichtsbezirk zu beschränken. Es können aber Umstände vorliegen, unter denen es für die sachliche Behandlung eines vorliegenden Falls von Nachtheil sein würde, wenn ein außerhalb des eigenen Gerichtsbezirks vorzunehmender Akt einem ersuchten Richter übertragen werden müßte."

In diesem Falle kann das mit der Sache befaßte Gericht, gleichviel ob ein im Instanzenzuge vorgehendes oder ein gleichstehendes, statt Rechtshülfe zu verlangen, in der Regel freilich nur mit Zustimmung des örtlich zuständigen Amtsrichters, auch außerhalb seines Bezirks handeln. In der RTK. ist konstatirt, daß die Vorschrift sich nur auf den Fall der Rechtshülfe bezieht, und zwar nur auf die der Gerichte, nicht der Staatsanwälte. Ob die Gerichte demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören, ist unerheblich, wie auch die Mot. hervorheben.

2) „Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks" — d. h. solche, zu deren Vornahme der Richter sich in einen anderen Gerichtsbezirk persönlich begiebt, z. B. Einnahme des Augenscheins, Vernehmung eines schwerkranken Zeugen. (Vgl. Löwe a. a. O. § 167 Anm. 1.) Es gehören nicht Amtshandlungen dahin, welche ein Gericht, dessen Gerichtsstelle (Sitz) sich innerhalb des Bezirks eines anderen Gerichts befindet (z. B. Amtsgericht und Landgericht Berlin II) an der Gerichtsstelle selbst vornimmt (A. M. Jastrow in Busch, Zeitschr. IX S. 392 Anm. 2).

3) Ob Gefahr im Verzuge obwaltet, hat das mit der Sache befaßte Gericht zu beurtheilen. An die Stelle der Zustimmung des zuständigen Amtsgerichts tritt hier die bloße Anzeige an dasselbe.

4) Verweigert das Amtsgericht seine Zustimmung, so findet selbstverständlich „Beschwerde" an das vorgesetzte Gericht (§ 160) statt. (Uebereinstimmend: Hauck S. 202, Wilm. Levy Anm. 1b, Thilo S. 237. A. M.: Keller S. 208, Endemann I S. 162.) Der Antrag, hinter „Orts" hinzuzusetzen: „oder des demselben vorgesetzten Gerichts", ist daher (nach entsprechender Erklärung des Reg.-Vertreters v. Amsberg) in der RTK. zurückgezogen.

§ 168.

1) § 168 regelt die sog. Nacheile (vgl. Rechtshülfegesetz § 30). Das Wort „anderen" (also nicht nothwendig unmittelbar angrenzenden) statt „benachbarte" (Abs. 1) und die Worte „das nächste Gericht oder" (Abs. 2) beruhen auf Beschlüssen der RTK. Zu den „Sicherheitsbeamten" gehören auch die Gensdarmen (Rechtshülfeges. § 30, Prot. S. 13, 14) und die Polizeibeamten (s. § 153, StrPO. §§ 98, 105, 127, 159, 161; Keller S. 210).

2) „Flüchtigen" — begreift (wie in der RTK. konstatirt ist) die auf frischer That oder unmittelbar nachher betroffenen Personen, welche sich der Festnahme thatsächlich entziehen.

§ 169. Die in einem Bundesstaate bestehenden Vorschriften über die Mittheilung von Akten einer öffentlichen Behörde an ein Gericht dieses Bundesstaates kommen auch dann zur Anwendung, wenn das ersuchende Gericht einem anderen Bundesstaate angehört.

Entw. — Mot. — Prot. S. 9, 17, 18, 680, 681. Sten. Ber. d. RT. S. 316.

Vierzehnter Titel. Oeffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170. Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse desselben, erfolgt öffentlich.

Entw. § 139. Mot. S. 197. Prot. S. 19, 681—683.

---

§ 169.

1) Die Vorschrift ist auf Antrag des Abg. Grimm hinzugefügt und auch in zweiter Lesung dem Widerspruche der Regierungen gegenüber aufrecht erhalten. Vgl. d. allg. Bem. z. 13. Tit. unter 7.

2) Es handelt sich nur um den Ausdruck des Gedankens, daß auch hinsichtlich der Mittheilung von Akten innerhalb des Deutschen Reichs Landesgrenzen nicht bestehen. Freilich bezieht sich § 169 nicht blos auf Akten der Gerichte, sondern auf die von öffentlichen Behörden überhaupt (s. CPO. § 380 Anm. 2). Indessen wird darüber, unter welchen Voraussetzungen die Mittheilung von Akten an sich stattfindet, hier nichts bestimmt. Dies regelt sich nach den Prozeßordnungen (s. CPO. § 397) bzw. nach dem inneren Staatsrecht. Es darf nur kein Unterschied zwischen den Gerichten des eigenen Staates und denen anderer Bundesstaaten gemacht werden.

3) Wird dem Ersuchen nicht entsprochen, so ist Beschwerde im Dienstaufsichtswege zuläßig, gegen ein Gericht auch im Wege des § 160 (Wilm. Levy Anm. 1).

Vierzehnter Titel.

1) Die §§ 170—176 handeln von der Oeffentlichkeit des Verfahrens in Civil- u. Strafsachen; § 170 enthält den Grundsatz (s. auch §§ 174, 175 Abs. 2), die §§ 171—173, 175 Abs. 1, 176 die Ausnahmen; § 175 betrifft das Verfahren.

Die §§ 177—185 beziehen sich auf die Aufrechthaltung der Ordnung bei den gerichtlichen Verhandlungen, und zwar nicht blos während der eigentlichen Sitzungen (§ 182) (sog. Sitzungspolizei).

2) In Preußen finden nach AG. z. GVG. § 88 die §§ 177—185 in gerichtlichen Angelegenheiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechende Anwendung. „Sofern in diesen Angelegenheiten eine mündliche Verhandlung nach Vorschrift der Deutschen Prozeßordnungen stattfindet, erfolgt dieselbe öffentlich nach den Bestimmungen der §§ 170—176 des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes. Vorstehende Bestimmungen finden auf die zur Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörden gehörigen Angelegenheiten keine Anwendung." (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 57.)

3) Ueber die Amtstracht sind in das GVG. Vorschriften nicht aufgenommen. Die RTK. beschloß, diesen Gegenstand nicht allgemein zu regeln. Für Preußen enthält das AG. z. GVG. § 89 nachstehende Vorschrift:

> „Richter, Staatsanwälte und Gerichtsschreiber tragen in den öffentlichen Sitzungen eine von dem Justizminister zu bestimmende Amtstracht. Dieselbe Vorschrift findet Anwendung auf die in den öffentlichen Sitzungen der Oberlandesgerichte und Landgerichte auftretenden Rechtsanwälte."

Hierzu sind ergangen d. Allerh. Ordre v. 4. Juli 1879 u. Allg. Verf. des Just.-Min. v. 12. Juli 1879 (JMBl. S. 172, 204 — Struckmann u. Koch a. a. O. S. 233 ff., 702).

Für Bayern s. Vollzugs-Verordn. v. 23. Aug. 1879 § 7 (JMBl. S. 381), Pfafferoth, Jahrb. 1880 S. 37 ff.

§ 171. In Ehesachen ist die Oeffentlichkeit auszuschließen, wenn eine der Parteien es beantragt.

Entw. § 140. Mot. S. 197. Prot. S. 19–28.

§ 172. In dem auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung einer Person wegen Geisteskrankheit eingeleiteten Verfahren (§§. 605, 620 der Civilprozeßordnung) ist die Oeffentlichkeit während der Ver=

---

§ 170.

Literatur: Planck I S. 172 ff., Hellmann, Lehrb. S. 205 ff.

1) Wie für das schriftliche Verfahren die Heimlichkeit, so ist für das mündliche die Oeffentlichkeit charakteristisch. Als wirksame Kontrole der Rechtspflege bildet sie eine Grundregel des Verfahrens in den meisten neueren Gesetzgebungen [z. B. Preuß. Verf.-Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 93] und ist in diesem Sinne auch hier behandelt. (Vgl. v. Canstein, Grundlagen S. 100 ff., Hellmann, Lehrb. S. 205 ff.) Eine Verletzung der betreffenden Vorschriften begründet die Anfechtbarkeit der auf eine solche Verhandlung ergehenden Entscheidung mittels Berufung bzw. Revision (vgl. CPO. § 513 Nr. 6).

2) „Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte" — in Civilsachen also nur die eigentliche mündliche Verhandlung in allen Instanzen einschließlich der Beweisaufnahme, soweit diese vor dem Prozeßgerichte erfolgt. Wo keine Mündlichkeit, da auch keine Oeffentlichkeit (vgl. CPO. § 119 Anm. 4), also namentlich nicht vor dem ersuchten und beauftragten Richter, insbesondere auch nicht bei den außerhalb der Gerichtsstelle stattfindenden Verhandlungen (CPO. § 196 Anm. 1).

> „Es liegt kein Grund vor, die Oeffentlichkeit im Verhältnisse zum Publikum auf die außerhalb der Sitzungen der erkennenden Gerichte stattfindenden Verhandlungen auszudehnen." (Mot.)

Vgl. auch Nordd. Prot. S. 662 ff., 805, 850, 1275. Die Oeffentlichkeit ist jedoch bei jenen Verhandlungen nicht verboten (Gaupp I S. 503, Wilm. Levy Anm. 1).

Die Berathung und Abstimmung des Gerichts ist nicht öffentlich (§ 195 Abs. 1).

3) — „einschließlich der Verkündung — desselben" — Diese hob auch das frühere preuß. Recht besonders hervor. Vgl. auch §§ 174, 175 Abs. 2.

4) — „erfolgt öffentlich" — Die Vorschrift ist kategorisch. Vgl. Anm. 1 a. E. Abgesehen von §§ 171—173, darf die Oeffentlichkeit weder auf Antrag einer der Parteien noch ohne solchen ausgeschlossen werden. Auch ein übereinstimmender Antrag der Parteien (s. Hann. PO. § 87, Württ. PO. Art. 188, Bad. PO. § 5) rechtfertigt den Ausschluß nicht. Entgegenstehende Vorschläge sind von der RTK. abgelehnt. Vgl. § 175.

Maßregeln zur Verhütung einer Ueberfüllung des Sitzungssaals, z. B. das Erforderniß vorgängiger Lösung von Eintrittskarten, die Wegweisung von Zuhörern, wenn der Sitzungssaal bereits überfüllt ist, usw., enthalten jedoch an sich keine unzulässige Beschränkung der Oeffentlichkeit. (Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 301, 360, Löwe a. a. O. S. 133 Anm. 3.) Vgl. auch § 176.

Ein dem Reichstage vorgelegter Gesetzentwurf will, insbesondere durch Abänderung der §§ 174—176, wirksameren Schutz gegen das Bekanntwerden des Inhalts einer Gerichtsverhandlung in den Fällen der §§ 171—173 herbeiführen (s. Sten. Ber. 6. Leg.-Per. IV. Sess. 1886/87 Bd. II, Anlagen S. 295 ff. — Aktenstück Nr. 41).

5) Ueber die Beurkundung der Oeffentlichkeit im Sitzungsprotokolle siehe CPO. § 145 Nr. 5.

§ 171.

§ 171 ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Grimm an die Stelle des § 140 Abs. 2 des Entw. (unbedingte Ausschließung der Oeffentlichkeit) gesetzt. Auch in Ehesachen gilt jedoch § 173, welcher einen Parteiantrag nicht erfordert. Den Begriff von „Ehesachen" s. in CPO. §§ 568, 592.

nehmung des Entmündigten auszuschließen, auch kann auf Antrag einer der Parteien die Oeffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden.

Das Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung (§§. 593—604, 616—619 der Civilprozeßordnung) ist nicht öffentlich.

Entw. — Mot. S. 197, 198. Prot. S. 19—28, 683.

§ 173. In allen Sachen kann durch das Gericht für die Verhandlung oder für einen Theil derselben die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit besorgen läßt.

Entw. § 140. Mot. S. 197, 198. Prot. S. 19—28.

---

§ 172.

1) Die Bestimmung ist von der RTK. aus Rücksicht auf die Interessen der Geisteskranken und deren Familie, für welche ein öffentliches Verfahren leicht mit großen Gefahren und Nachtheilen verbunden sein kann, aufgenommen. Nachdem ein weitergehender Antrag abgelehnt worden, wurde beschlossen, die Oeffentlichkeit in dem im Abs. 1 bezeichneten Verfahren nur dann auszuschließen, wenn der Entmündigte oder dessen Vertreter es beantragt. In 2. Lesung wurde dies auf Antrag des Abg. Zinn dahin abgeändert, daß die Ausschließung auf Antrag einer der Parteien erfolgen könne.

2) Konsequent werden in § 172 das mündliche Verfahren vor dem Landgericht wegen Anfechtung bzw. Wiederaufhebung der Entmündigung (Abs. 1) und das amtsgerichtliche Entmündigungs- und Wiederaufhebungsverfahren (Abs. 2) geschieden. Nur in dem ersteren Falle handelt es sich um einen eigentlichen Prozeß, in dem anderen um ein mehr administratives Offizialverfahren, für welches die sonst den Civilprozeß beherrschenden Grundregeln an sich unanwendbar sind (vgl. oben S. 659). Daher ist hier (Abs. 2) die Oeffentlichkeit unbedingt ausgeschlossen. Für das Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung ist die Konsequenz freilich nicht gezogen (s. Anm. 4).

3) Abs. 1: Kategorisch ist die Oeffentlichkeit „während der Vernehmung des Entmündigten" ausgeschlossen (vgl. CPO. §§ 598, 612 Abs. 1, 620 Abs. 4). [So auch Entw. III d. CPO. § 575.] Für den übrigen Theil der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte dagegen ist die Ausschließung von einem Parteiantrage (des Entmündigten oder der sonstigen Kläger — CPO. §§ 605 Abs. 2, 620 Abs. 2, 3 — oder des Gegners) abhängig gemacht. Im übrigen gelten auch hier die §§ 173, 174.

4) Abs. 2: Derselbe ist von der RTK. wegen der bei Geisteskranken zu nehmenden besonderen Rücksichten, die in dem amtsgerichtlichen Verfahren besonders stark hervortreten, aufgenommen worden. Das Verfahren umfaßt auch die Beschlüsse (vgl. § 174 Anm. 3). Die Vorschrift bezieht sich, wie die angeführten Gesetzesparagraphen, der Zusammenhang mit Abs. 1 und die Kommissionsverhandlungen deutlich ergeben, nicht auf das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung (CPO. §§ 621—627). [So auch Endemann I S. 167, Wilm.-Levy Anm. 2, Gaupp III S. 80, Daude, Entmündigungsverfahren S. 125, Uebel in Busch, Zeitschr. VIII S. 470 ff. A. M.: Petersen S. 874, Hellmann, Lehrb. S. 912, welche die Nichtöffentlichkeit aus der Natur des Verfahrens, bei welchem eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 170 nicht stattfinde, herleiten, obwohl eine solche hier ebensowohl stattfindet wie bei der Beweisaufnahme und unter der Voraussetzung der Richtigkeit jener Ansicht § 172 Abs. 2 überflüssig sein würde, sowie Arnold in Jur. Wochenschr. 1880 S. 109 ff., welcher § 172 Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 auch auf das Entmündigungsverfahren gegen Verschwender bezieht.]

§ 173.

1) „In allen Sachen" — nämlich auch in den in §§ 171, 172 bezeichneten Sachen.

— „durch das Gericht" — von Amtswegen oder auf Antrag einer der Parteien (vgl. §§ 170 Anm. 4, 175) nach freiem Ermessen.

§ 174. Die Verkündung des Urtheils erfolgt in jedem Falle öffentlich.

Entw. — Mot. S. 197, 198. Prot. S. 19–28, 681–683. 170. Sitg. S. 15.

§ 175. Ueber die Ausschließung der Oeffentlichkeit wird in nicht öffentlicher Sitzung verhandelt.

— „für die Verhandlung oder für einen Theil derselben" — Das im Entw. enthaltene Wort „ganze" vor „Verhandlung" ist als überflüssig gestrichen. Die Ausschließung der Oeffentlichkeit kann beim Beginne der Verhandlung wie im Laufe derselben beschlossen werden, und zwar in beiden Fällen für die ganze fernere Verhandlung oder für einen Theil derselben. Vgl. jedoch § 174. Es steht auch nichts entgegen, den Beschluß wieder zurückzunehmen.

2) — „wenn sie — besorgen läßt" — Ob diese Besorgniß vorliegt, unterliegt lediglich dem Ermessen des Gerichts. Die Ausdrücke sind nicht sakramental, sie können im Beschlusse durch gleichbedeutende unzweideutige Worte ersetzt werden (Rechtspr. d. RG. i. StrS. IV S. 69). Der Ausdruck „Gefährdung der öffentlichen Ordnung" ist etwas enger als „aus Gründen des öffentlichen Wohls" in § 32 d. Preuß. Verordn. v. 2. Jan. 1849.

Auf Grund des § 173 ist auch die Räumung des Sitzungszimmers zulässig, wenn die Oeffentlichkeit zur Störung der Verhandlung gemißbraucht wird.

„Die Preuß. StrPO. v. 15. Juni 1867 hebt ausdrücklich hervor, daß der Fall des Mißbrauchs der Oeffentlichkeit zur Störung der Verhandlung oder zur Erschwerung der Wahrheitsermittelung unter den Wortlaut des Gesetzes fällt. Der ausdrücklichen Hervorhebung dieses Satzes bedarf es nicht, da darüber kein Zweifel bestehen kann, daß in einem solchen Mißbrauch der Oeffentlichkeit eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu finden ist". (Mot.)

(Vgl. Löwe a. a. O. S. 134 Anm. 1b und wegen der Verkündung des Beschlusses S. 135 Anm. 5.)

§ 174.

1) Diese Bestimmung ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Reichensperger, welcher namentlich die freie öffentliche Besprechung des Urtheils sichern wollte, hinzugefügt und auch in 2. Lesung gegen den Angriff der Regierungen aufrecht erhalten.

2) Während nach dem Entw. (s. Mot. S. 198) auch hier das Ermessen des Gerichts walten sollte, ist die öffentliche Urtheilsverkündung (CPO. §§ 281, 282) unbedingt („in jedem Falle" — also auch in den in §§ 171, 172 bezeichneten Sachen und unter den in § 173 Anm. 2 bezeichneten Voraussetzungen) vorgeschrieben (vgl. auch Nordd. Prot. S. 256, 266). An sich gehören zu dem Urtheil auch die Gründe. (Ein Antrag des Bundesraths, statt „des Urtheils" zu setzen: „der Urtheilsformel", wie auch der § 170 Anm. 4 a. E. erwähnte Entw. vorschlägt, ist von der RTK. abgelehnt.) Indessen ist das Gericht unbehindert, hinsichtlich des Maßes und der Art der Verkündung die nöthigen Rücksichten, insbesondere zur Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit, walten zu lassen. Die RTK. hat daher behufs Erläuterung des § 174 zu Protokoll konstatirt, daß es ihre Absicht nicht sei, durch die gedachte Vorschrift dem Gerichte die Möglichkeit zu entziehen, die Oeffentlichkeit bei Verkündung der Beschlüsse zu beschränken (Prot. S. 683). Die Beschränkung ist eben etwas Anderes, als die Ausschließung. Vgl. § 170 Anm. 4. Ein Verstoß gegen § 174 zieht in höherer Instanz die Aufhebung des Urtheils nach sich (RG. i. StrS. I S. 90, Rechtspr. d. RG. i. StrS. III S. 743; vgl. CPO. § 513 Anm. 7).

3) § 170 bezieht sich nur auf „Urtheile", nicht auf Beschlüsse (vgl. CPO. § 294 Anm. 1). S. jedoch § 175 Abs. 2.

§ 175.

1) Abs. 1: vgl. § 173 Anm. 1. Da stets verhandelt werden muß, so sind die Parteien zur Abgabe einer Erklärung über die Ausschließung der Oeffentlichkeit aufzufordern, sofern sie die Ausschließung nicht selbst beantragen; ebenso der bei der Verhandlung etwa mitwirkende

Der Beschluß, welcher die Oeffentlichkeit ausschließt, muß öffentlich verkündet werden.

Entw. § 141. Mot. S. 197, 198. Prot. S. 28.

§ 176. Der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen kann unerwachsenen und solchen Personen versagt werden, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, oder welche in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen.

Zu nicht öffentlichen Verhandlungen kann der Zutritt einzelnen Personen von dem Vorsitzenden gestattet werden.

Entw. § 142. Mot. S. 198. Prot. S. 28, 29.

Staatsanwalt. (So auch Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 206, II S. 480, III S. 677, VI S. 104, Keller S. 215, Löwe a. a. O. § 175 Anm. 2, Voitus, Kontrov. I S. 366 ff. A. M. v. Schwarze a. a. O. S. 97.)

2) — „in nicht öffentlicher Sitzung" — also nach Entfernung etwa anwesender Zuhörer und nach Schließung der Thüren.

3) Abs. 2: Der Beschluß bedarf der Begründung mit Bezug auf die §§ 171 ff. Die Verkündung der Begründung unterliegt aber in Civilsachen richterlichem Ermessen (vgl. CPO. § 282 Abs. 2). Daß ein die Ausschließung ablehnender Beschluß gleichfalls öffentlich zu verkünden ist, versteht sich von selbst. Da die Verkündung öffentlich erfolgen muß, so ist vorher die Oeffentlichkeit durch Oeffnung der Thüren auf Befehl des Vorsitzenden wiederherzustellen. Nach verkündeter Ausschließung wird in der in Anm. 2 bezeichneten Weise verfahren.

4) Nach dem § 170 Anm. 4 a. E. erwähnten Entw. soll das Gericht den Anwesenden bei Strafe die Geheimhaltung eines Theils der Verhandlung auferlegen können. Auch sollen Berichte durch die Presse über Gerichtsverhandlungen, welche unter Ausschluß der Oeffentlichkeit stattgefunden, bei Strafe nicht veröffentlicht werden dürfen.

§ 176.

1) Abs. 1: Die Vorschrift enthält eine Beschränkung der Oeffentlichkeit. Die Befugniß, die hier bezeichneten Personen als Zuhörer (nicht, wenn sie betheiligt sind; über diesen Fall vgl. § 178, CPO. § 144) auszuschließen, wird von den mit der Aufrechterhaltung der Ordnung im Zuhörerraume beauftragten Personen, vorbehaltlich der Entscheidung des Vorsitzenden, auszuüben sein. Vgl. § 177. (S. RG. i. StrS. II S. 301, auch Endemann I S. 169, Löwe a. a. O. § 176 Anm. 4. A. M. Wilm. Levy Anm. 1, welche die Entscheidung dem Gericht zuweisen.)

— „unerwachsenen" — Der Begriff ist ein thatsächlicher, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechender, also nicht gleichbedeutend mit minderjährig. Vgl. CPO. § 166 Anm. 2.

— „nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte" — vgl. StrGB. §§ 32—34, 36, 37.

— „in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise" — z. B. betrunken oder unpassend gekleidet, mit Säuglingen, Thieren usw.

2) Abs. 2 enthält eine Modifikation der Nichtöffentlichkeit.

— „einzelnen Personen" — z. B. Richtern, Rechtsanwälten u. dgl. m. Ein Antrag, wonach den bei dem Gerichte angestellten Richtern und zugelassenen Anwälten, desgleichen in Schwurgerichtssachen den nicht ausgeloosten Geschworenen der Zutritt stets offen stehen sollte, ist zwar von der RTK. abgelehnt; indessen wird selbstverständlich, wie auch der Regierungskommissar bemerkte, einzelnen dergleichen Personen der Zutritt stets gestattet werden.

Ein Antrag, in Ehesachen die Zustimmung der Parteien zu der Zulassung zu erfordern, ist von der RTK. verworfen.

§ 177. Die Aufrechthaltung der Ordnung in der Sitzung liegt dem Vorsitzenden ob.

Entw. § 143. Mot. S. 198, 199. Prot. S. 29–43.

§ 178. Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht betheiligte Personen, welche den zur Aufrechthaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorchen, können auf Beschluß des Gerichts aus dem

---

3) Der § 170 Anm. 4 a. E. angeführte Entw. will statt des Abs. 2 eine Bestimmung aufnehmen, daß „das aus der Dienstaufsicht fließende Recht, Gerichtsverhandlungen beizuwohnen" durch die Ausschließung der Oeffentlichkeit nicht berührt werde.

§ 177.

Literatur: Wach I S. 314 ff., Planck I S. 123, 155.

1) Von dem Leitungsamt des Vorsitzenden (CPO. §§ 127 ff.) unzertrennlich ist „die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung" — d. h. die Befugniß zur Erlassung aller zu diesem Zwecke erforderlichen Anordnungen, ausgenommen die in den §§ 178—180 bezeichneten, welche meistens den Charakter der Strafe haben und ebendeshalb dem Gerichte gebühren; mithin eine Art Disziplinargewalt (Wach a. a. O.). Es gehört hierher Mahnung, Unterbrechung, Rüge u. dgl. m. [Untersagung des weiteren Vortrags und Zurückweisung der sog. Winkeladvokaten ist jedoch ebenfalls Sache des Gerichts (CPO. § 143)].

Ein förmlicher Ordnungsruf des Vorsitzenden nach parlamentarischer Sitte ist zwar nicht ausdrücklich verboten. Indessen hat die RTK. auf Antrag des Abg. Lasker, welcher jene Formel in Gerichtsverhandlungen weder für nothwendig noch für bedeutsam erachtete, die Bestimmung des Entw. gestrichen, wonach der Vorsitzende ausdrücklich für befugt erklärt wurde, jede bei der Verhandlung nicht amtlich betheiligte Person zur Ordnung zu rufen. Darnach ist ein förmlicher Ordnungsruf nicht zulässig (A. M. Wach I S. 315 Anm. 23; vgl. jedoch auch S. 316 Anm. 26); dagegen steht es dem Vorsitzenden zu, allen bei der Verhandlung anwesenden Personen gegenüber (s. Anm. 2) die Ordnung der Verhandlung durch andere ihm geeignet erscheinende Mittel, z. B. eine Mahnung zur Mäßigung, Androhung mit Aussetzung der Sitzung usw., aufrecht zu erhalten. [Ebenso v. Schwarze a. a. O. S. 99, Wach I S. 316, Wilm. Levy Anm. 2, Rechtspr. d. RG. i. StrS. VIII S. 657 (Ehrengerichtshof). Unbestimmt Endemann I S. 170. A. M. Hauck S. 209.]

2) Hinsichtlich der hier erwähnten Befugniß des Vorsitzenden besteht kein Unterschied zwischen den in der Sitzung anwesenden Personen einschließlich der Richter, der Gerichtsschreiber (Endemann I S. 170. A. M. Keller S. 216), der Schöffen wie der Geschworenen, der Rechtsanwälte usw. Insbesondere ist in der RTK. ausdrücklich konstatirt, daß nach der Auffassung derselben der § 177 dem Vorsitzenden das Recht gewähre, die Ordnung der Verhandlung auch dem Staatsanwalt gegenüber aufrecht zu erhalten. (So auch Endemann I S. 170, Keller S. 216, 217, Wilm. Levy Anm. 1, 2, Löwe a. a. O. § 177 Anm. 3. A. M.: Hauck S. 208, 209, Voitus, Kontrov. I S. 258.)

3) Provokation auf Entscheidung des Gerichts (wie nach CPO. § 131) ist nicht zulässig.

4) Neben den auf die Aufrechthaltung der Ordnung in der Sitzung bezüglichen Vorschriften der §§ 177 ff. sind besondere landesgesetzliche Bestimmungen über den Schutz der Gerichte gegen Belästigungen und Angriffe außerhalb der Sitzungen, z. B. die Strafvorschriften der Preuß. AGO. §§ 30, 31 Th. III Tit. 1 und Anh. §§ 440, 442, 443 über das muthwillige Queruliren und Suppliziren bestehen geblieben (Rechtspr. d. RG. i. StrS. V S. 806, Vierhaus in Gruchot, Beitr. XXVII S. 663, 665 ff., Planck I S. 123, § 31 I 5 a. E.).

§§ 178, 179.

1) „Parteien — nicht betheiligte Personen" — Der Entw. wollte alle bei der Verhandlung nicht amtlich (d. h. vermöge eines Staatsamts) betheiligten Personen den Zwangsmaßregeln und Strafen der §§ 178, 179 unterwerfen. Die RTK. hat indessen die Anwendung

Sitzungszimmer entfernt, auch zur Haft abgeführt und während einer in dem Beschlusse zu bestimmenden Zeit, welche vierundzwanzig Stunden nicht übersteigen darf, festgehalten werden.

Entw. § 144. Mot. S. 198, 199. Prot. S. 29–43, 683, 684, 687, 688.

§ 179. Das Gericht kann gegen Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht betheiligte Personen, welche sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig machen, vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung, eine Ordnungsstrafe bis zu einhundert Mark oder bis zu drei Tagen Haft festsetzen und sofort vollstrecken lassen.

Entw. § 145. Mot. S. 199. Prot. S. 29–43, 683–688.

---

auf Rechtsanwälte und Vertheidiger nicht für angemessen erachtet und die Kategorien demgemäß näher bestimmt. Vgl. § 180. Auch der Staatsanwalt unterliegt nicht den §§ 178, 179.

— „bei der Verhandlung nicht betheiligte" — d. h. Zuhörer (s. § 176). Militärpersonen sind, abgesehen von der Haft, welche grundsätzlich nur von den militärischen Instanzen verhängt werden kann, nicht ausgenommen. (So auch Löwe a. a. O. § 178 Anm. 2, Wilm.-Levy § 178 Anm. 2. A. M. Thilo S. 247.)

2) Die Maßregeln des § 178 haben mehr den Charakter des Zwanges, die des § 179 den der Strafe. Die ersteren treten bei Ungehorsam gegen den Befehl des Vorsitzenden („welche — nicht gehorchen"), die letzteren bei Begehung einer „Ungebühr", d. h. einer gröberen Verletzung der Ordnung, ein, gleichviel ob eine strafrechtlich zu ahndende Handlung konkurrirt („vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung"), z. B. Beleidigung des Gerichts (vgl. § 185). [Ueber den Charakter einer derartigen „Ordnungsstrafe" s. John, Strafprozeßordnung S. 84; vgl. auch Wach I S. 315. Der Ausdruck kommt in Reichs- und Landesgesetzen häufig vor, aber nicht immer in der gleichen Bedeutung; vgl. z. B. StrGB. § 138 Abs. 3, GVG. §§ 56, 180, 182, KO. § 76, Reichsbeamten-Ges. v. 31. März 1873 §§ 73 ff. (RGBl. S. 61), Preuß. Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 § 20, Preuß. Ges., betr. die Dienstvergehen der nicht richterl. Beamten, v. 21. Juli 1852 §§ 14 ff. (GS. S. 465)].

3) Ueber die Folgen der nach § 178 angeordneten Entfernung s. CPO. § 144 u. die Anm. 3 das. Neben der Entfernung kann selbstverständlich auch die Haft sowie die Ordnungsstrafe des § 179 verhängt werden (s. auch Wach I S. 315 Anm. 25).

Die „Haft" des § 178 ist Exekutivhaft (wie in den Fällen der CPO. §§ 355 Abs. 2, 774 782), die des § 179 „Strafe" (vgl. CPO. §§ 345, 355 Abs. 1, 775). Die Haft kann im Falle des § 178, nicht in dem des § 179 (s. auch Wilm. Levy § 178 Anm. 5, § 179 Anm. 2. A. M. Keller S. 219) weniger als einen Tag (StrGB. § 18) betragen. Anders als im Falle des § 180 kann, da „Haft" auch prinzipal zulässig ist, im Falle des § 179 an Stelle der prinzipal erkannten Geldstrafe eventuell (für den Unvermögensfall) eine entsprechende Haft festgesetzt werden, jedoch niemals über drei Tage. Vgl. § 180 Anm. 3. Die Haft braucht nicht im Gefängniß vollstreckt zu werden (s. Löwe a. a. O. § 178 Anm. 8).

4) Der in beiden Fällen erforderliche Beschluß des Gerichts wird von Amtswegen erlassen. Vorgängige Anhörung des Betheiligten ist nicht vorgeschrieben, aber, insbesondere gegenüber den bei der Verhandlung betheiligten Personen sowie in den Fällen des § 179, rathsam. Wegen Feststellung im Sitzungsprotokolle s. § 184. Der Beschluß ist sofort vollstreckbar, wie in den Fällen des § 178 selbstverständlich und für die des § 179 in § 183 Abs. 2 ausdrücklich verordnet ist. Die Vollstreckung zu veranlassen, ist Sache des Vorsitzenden (s. §§ 177, 181), im Falle des § 179 jedoch erst, nachdem das Gericht die sofortige Vollstreckung beschlossen hat („und sofort vollstrecken lassen"). [Vgl. Keller S. 219, Löwe a. a. O. § 179 Anm. 6.] In dem Falle des § 178 ist Beschwerde nicht zulässig, wohl aber in dem des § 179, jedoch ohne aufschiebende Wirkung, sofern die Anordnung nicht von einem einzelnen Richter außerhalb der Sitzung erfolgt ist (s. § 183).

§ 180. Das Gericht kann gegen einen bei der Verhandlung betheiligten Rechtsanwalt oder Vertheidiger, der sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig macht, vorbehaltlich der strafgerichtlichen oder disziplinaren Verfolgung, eine Ordnungsstrafe bis zu einhundert Mark festsetzen.

Entw. — Mot. S. 199. Prot. S. 29—43, 688—690.

§ 181. Die Vollstreckung der vorstehend bezeichneten Ordnungsstrafen hat der Vorsitzende unmittelbar zu veranlassen.

Entw. § 156. Mot. S. 199. Prot. S. 39.

§ 182. Die in den §§. 177—181 bezeichneten Befugnisse stehen auch einem einzelnen Richter bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung zu.

Entw. § 147. Mot. S. 200. Prot. S. 39—43, 684—688.

§ 183. Ist in den Fällen der §§. 179, 180, 182 eine Ordnungsstrafe festgesetzt, so findet binnen der Frist von einer Woche nach der Bekanntmachung der Entscheidung Beschwerde statt, sofern die Entscheidung nicht von dem Reichsgerichte oder einem Oberlandesgerichte getroffen ist.

---

§ 180.

1) Gegen die bei der Verhandlung betheiligten Rechtsanwälte und Vertheidiger sind die in §§ 178, 179 gedachten Maßregeln nicht zulässig. Nach dem Beschlusse der RTK. sind dieselben jedoch nach Maßgabe des § 180 einer beschränkten Strafgewalt des Gerichts unterworfen. Ein Antrag ist auch hier nicht erforderlich. Vgl. auch CPO. § 97.

2) — „einer Ungebühr" — vgl. §§ 178, 179 Anm. 2.

Nicht blos die strafgerichtliche Verfolgung, wie in § 179, bleibt vorbehalten, sondern (nach einem von der RTK. angenommenen Antrage des Abg. v. Puttkamer) auch die disziplinare. Die Standesdisziplin wird also durch die gerichtliche Ahndung nicht berührt. Vgl. RAO. §§ 83 ff.

3) — „eine Ordnungsstrafe bis zu einhundert Mark" — also nur Geldstrafe (s. § 179 Anm. 3), keine Haft. Letztere wird, da es sich um eine Ordnungsstrafe handelt, auch im Unvermögensfalle nicht festgesetzt werden dürfen (s. Löwe a. a. O. § 180 Anm. 4).

Wegen der „Beschwerde" s. § 183.

§ 181.

1) Die Vorschrift enthält eine durch den Charakter der Ordnungsstrafe (vgl. StrPO. § 36 Abs. 1) begründete Ausnahme von dem Grundsatze des § 483 d. StrPO.

2) — „der Vorsitzende unmittelbar" — d. h. ohne die Vermittelung der Staatsanwaltschaft. Vgl. StrPO. § 36. Ersuchen an einen auswärtigen Staatsanwalt (§ 164 Anm. 2) ist jedoch nicht ausgeschlossen.

§ 182.

1) Das preuß. Recht gestattete nur Einsperrung während der Dauer der Verhandlung, jedoch nicht über sechs Stunden [Kab.-O. v. 24. Oktober 1838 Nr. 1—4 (GS. S. 504)]. Nach § 182 steht der einzelne Richter hinsichtlich der Gerichtspolizei, welche also nicht blos „Sitzungspolizei" ist, dem Vorsitzenden bzw. dem Gerichte vollkommen gleich. Vgl. § 183 Abs. 1. Der Unterschied liegt lediglich in der Wirkung der Beschwerde (§ 183 Abs. 2).

2) — „einem einzelnen Richter — außerhalb der Sitzung" — also dem beauftragten und ersuchten Richter (CPO. § 151), dem Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte (CPO. § 684) usw. Soweit der Amtsrichter in der Sitzung fungirt (CPO. §§ 456 ff.), d. h. eine mündliche Verhandlung leitet, gilt er als „Vorsitzender" bzw. „Gericht" im Sinne der §§ 177—181 (vgl. CPO. § 127 Anm. 2).

Zu den „Amtshandlungen außerhalb der Sitzung" gehört auch die Empfangnahme bei Gericht eingereichter Schriften (Johow u. Küntzel, Jahrbuch d. Entsch. d. KG. II S. 302).

Die Beschwerde hat in dem Falle des §. 179 keine aufschiebende Wirkung, in den Fällen des §. 180 und des §. 182 aufschiebende Wirkung.

Ueber die Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht.

Entw. — Mot. — Prot. S. 684–690, 744–746.

§ 184. Ist eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt, oder eine Person zur Haft abgeführt, oder eine bei der Verhandlung betheiligte Person entfernt worden, so ist der Beschluß des Gerichts und dessen Veranlassung in das Protokoll aufzunehmen.

Entw. § 148. Mot. S. 200. Prot. S. 43, 690.

§ 185. Wird eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen, so hat das Gericht den Thatbestand festzustellen und der zuständigen Behörde das dar=

---

§ 183.

1) Die „Beschwerde" findet nur gegen die Festsetzung einer Ordnungsstrafe seitens eines Landgerichts, Amtsgerichts bzw. einzelnen Richters statt. Auf dieselbe finden, abgesehen von Abs. 2, 3, in Civilprozessen die Regeln der CPO. §§ 530 ff. entsprechende Anwendung. (So auch Endemann I S. 174, v. Kries, Rechtsmittel S. 368 ff.) Vgl. jedoch Anm. 4 a. E. Sie ist ihrer inneren Natur nach eine „sofortige", obwohl die „Frist von einer Woche" von CPO. § 540 Abs. 2 a. a. O. abweicht.

„Bekanntmachung" — d. h. in der Regel Verkündung, im Falle der Abwesenheit Zustellung. Vgl. CPO. § 294.

2) Abs. 2: Rechtsanwälte und Vertheidiger genießen stets, Andere (§ 179) nur dann, wenn es sich um Verfügungen eines einzelnen Richters (s. § 182 Anm. 2) außerhalb der Sitzung handelt, den Schutz des Suspensiveffekts ihrer Beschwerde. Im Uebrigen wird durch die erfolgte Vollstreckung die Beschwerde nicht ausgeschlossen. Vgl. §§ 178, 179 Anm. 4.

Uebrigens wird CPO. § 535 Abs. 2, 3 in Civilprozessen entsprechende Anwendung finden.

3) Abs. 3: — „das Oberlandesgericht" — abweichend von § 71 auch bei Beschwerden gegen amtsgerichtliche Verfügungen (§ 160 Abs. 1; CPO. § 531 Anm. 1), in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Civilsenat (§ 120). Weitere Beschwerde ist nicht zulässig (s. RG. II S. 385).

§ 184.

1) „Ist eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt" — vgl. §§ 179, 180, 182.

— „oder eine Person zur Haft abgeführt" — vgl. §§ 178, 179, 182.

— „oder eine bei der Verhandlung betheiligte Person entfernt worden" — vgl. § 178.

Auf unbetheiligte Personen findet nur die erste und die zweite Alternative Anwendung, nicht auch die dritte. Diese von der RTK. anfänglich beseitigte Beschränkung ist in zweiter Lesung wiederhergestellt.

2) — „des Gerichts" — selbstverständlich und nach der Entstehungsgeschichte (s. d. Prot.) auch eines einzelnen außerhalb der Sitzung fungirenden Richters (§ 182). (Vgl. Keller S. 223, Thilo S. 254.)

— „und dessen Veranlassung" — ein mit Rücksicht auf die Zulassung der Beschwerde (§ 183) auf Antrag des Abg. Bähr von der RTK. beschlossener Zusatz.

— „in das Protokoll aufzunehmen" — mit Rücksicht auf die Folgen (vgl. CPO. § 144).

§ 185.

1) Die Bestimmung weicht vom franz. Rechte und manchen Landesrechten (Code d'instruction crim. art. 181, Hann. Str.PO. § 3, Bayer. StrPO. Art. 184 ꝛc.) ab, wonach über dergleichen strafbare Handlungen sogleich verhandelt und entschieden werden kann.

über aufgenommene Protokoll mitzutheilen. In geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Thäters zu verfügen.

Entw. § 149. Mot. S. 200. Prot. S. 43.

Fünfzehnter Titel. **Gerichtssprache.**

§ 186. Die Gerichtssprache ist die deutsche.

Entw. § 150. Mot. S. 200, 201. Prot. S. 43–45, 690. Sten. Ber. d. RT. II. Legisl.-Per. 4. Sess. 1876 Bd. 1 S. 318–327, Bd. 2 S. 916–920.

---

2) — „eine strafbare Handlung" — z. B. Beleidigungen, Meineide u. dgl. m., gleichviel, ob sie sich als eine Störung der Ordnung darstellen (vgl. Löwe a. a. O. § 185 Anm. 4, S. 142).

— „den Thatbestand festzustellen" — z. B. durch Aufnahme des Vorgangs in das Sitzungsprotokoll. Zeitraubende Erhebungen werden dem Gerichte nicht zuzumuthen sein.

— „der zuständigen Behörde" — d. h. in der Regel dem Staats- bzw. Amtsanwalt, in eiligen Fällen auch dem Amtsrichter (StrPO. § 161 Abs. 2) bzw. der Disziplinarbehörde (s. § 180). Ein Auszug aus dem Sitzungsprotokoll wird zur Mittheilung genügen.

3) — „vorläufige Festnahme" — mit den Folgen des § 128 der StrPO., obschon ein richterlicher Befehl (anders als im Falle des § 127 das.) vorliegt.

Fünfzehnter Titel.

Literatur: Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens S. 115 ff., Planck I S. 164 ff.

Die Vorschriften dieses Titels treten im Bereiche der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit (s. EG. z. CPO. § 3 Anm. 1, EG. z. GVG. § 2) an die Stelle der landesgesetzlichen Vorschriften über die „Geschäftssprache" der Behörden, Beamten 2c., z. B. des diesen Gegenstand betreffenden Preuß. Ges. v. 28. August 1876 (GS. S. 389), welches für die übrigen Angelegenheiten in Kraft geblieben ist (vgl. auch Verordn. v. 6. Sept. 1877 — GS. S. 219, Verordn. v. 12. Oktober 1881 — GS. S. 329). Nur die für Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen über die Gerichtssprache [vgl. Ges. v. 14. Juli 1871 (GBl. S. 165), Verordn. vom 17. Septbr. 1874 (das. S. 31), vom Reichstage genehmigt (das. S. 52)] sind in § 12 d. EG. z. GVG. aufrecht erhalten.

§ 186.

1) Die „Gerichtssprache" ist nicht blos die Sprache der Gerichte, sondern die „Geschäftssprache" im Bereiche der Rechtspflege, soweit diese durch das GVG. geordnet wird (s. d. allg. Bem.). Die Parteien dürfen also, abgesehen von den §§ 187, 190, nur in deutscher Sprache verhandeln. Ebenso müssen Zeugen, Sachverständige und sonst betheiligte Personen deutsch reden. Auch der schriftliche Verkehr mit den Gerichten findet ausschließlich in deutscher Sprache statt (Preuß. Ges. v. 28. Aug. 1876 § 1 Satz 2). Anträge, Gesuche 2c. in fremder Sprache werden auch in dringlichen Fällen (Preuß. Ges. § 2) nicht berücksichtigt. [S. auch Planck I S. 165, Patentgesetz v. 25. Mai 1877 § 33 (RGBl. S. 508).] Eine Instruktion, daß sie mit dem Anheimstellen, sie in deutscher Sprache wieder einzureichen, zurückzugeben seien (Preuß. Ges. § 2), ertheilt das Gesetz nicht. Indessen wird das nobile officium in der Regel ein solches Verfahren bedingen. Selbst von vorgelegten Urkunden kann (nicht: muß — RG. IX S. 436) eine Uebersetzung verlangt werden (CPO. §§ 133 Abs. 3, 400 Anm. 4). Ebenso sind die Parteien, Rechtsanwälte, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher 2c. berechtigt, den Gebrauch der deutschen Sprache zu verlangen. Klagen, Schriftsätze, durch welche der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt wird, Ladungen usw. sind unwirksam, wenn sie nicht in deutscher Sprache abgefaßt sind.

2) Ein Antrag, in den ehemals polnischen Landestheilen Preußens die polnische Sprache neben der deutschen für gleichberechtigt zu erklären, ist vom Reichstage abgelehnt.

§ 187. Wird unter Betheiligung von Personen verhandelt, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so ist ein Dolmetscher zuzuziehen. Die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache findet nicht statt; jedoch sollen Aussagen und Erklärungen in fremder Sprache, wenn und soweit der Richter dies mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden. In den dazu geeigneten Fällen soll dem Protokolle eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Uebersetzung beigefügt werden.

Die Zuziehung eines Dolmetschers kann unterbleiben, wenn die betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind.

Entw. § 151. Mot. S. 201, 202. Prot. S. 45. Sten. Ber. d. RT. a. a. O. S. 329—337, 917—920.

---

§ 187.

1) Der Inhalt des § 187 stimmt im Wesentlichen mit dem der §§ 4, 7 des Preuß. Ges. v. 28. Aug. 1876 überein. Derselbe gilt nicht blos für die mündliche Verhandlung, sondern auch für Termine des beauftragten oder ersuchten Richters usw. (vgl. § 182).

2) Abs. 1: — „unter Betheiligung von Personen — welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind" — als Parteien, Anwälte, Zeugen usw. Ob Jemand der deutschen Sprache nicht mächtig ist, d. h. sich nicht geläufig deutsch ausdrücken kann und nicht deutsch versteht, unterliegt der freien Beurtheilung des Gerichts ohne förmliche Beweiserhebung, auch wenn es sich um einen Ausländer handelt. [So auch Endemann I S. 176, 177, Thilo S. 257, Wilm. Levy Anm. 1, RG. i. StrS. I S. 137, Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 208 u. A.]

3) — „so ist ein Dolmetscher zuzuziehen" — vgl. §§ 188, 191—193.

„Der Dolmetscher ist ein Sachverständiger, welchen das Gericht von Amtswegen zuzieht." (Mot.)

Vgl. RG. i. StrS. IX S. 53.

Die Zuziehung ist Sache des Gerichts oder einzelnen Richters, vor welchem verhandelt wird. Sie besteht in der Sorge für Uebertragung aller wesentlichen Vorgänge aus der deutschen in die fremde Sprache und umgekehrt der Erklärungen usw. des Unkundigen aus dessen Sprache in die deutsche seitens des Dolmetschers. Ein Verzicht der Parteien auf die Zuziehung ist unwirksam. Auch die Anfertigung einer Uebersetzung durch den Richter entbindet nicht von der Zuziehung eines Dolmetschers (RG. i. StrS. XI S. 51).

Nach Ermessen des Gerichts können auch mehrere Dolmetscher zugezogen werden. Keine der betheiligten Personen hat jedoch, wie einer im Reichstage geäußerten Ansicht gegenüber in Uebereinstimmung mit den Mot. bemerkt werden muß, jemals ein Recht, die Zuziehung mehrerer Dolmetscher zu fordern. Vgl. CPO. § 369.

Im Protokolle genügt die Erwähnung, daß der Dolmetscher, weil der N. N. der deutschen Sprache nicht mächtig sei, zugezogen worden sei (vgl. CPO. § 145 Nr. 2). Bei den einzelnen Verhandlungsakten bedarf es nicht der wiederholten Erwähnung. Ebensowenig ist es nöthig, besonders hervorzuheben, daß der Dolmetscher der fremden Sprache mächtig sei [RG. i. StrS. I S. 397, Rechtspr. d. RG. i. StrS. I S. 678]. Hinsichtlich des Anwaltsprozesses s. § 189 Abs. 2.

4) Satz 2 stellt als Regel auf, daß ein Nebenprotokoll in fremder Sprache [s. Preuß. AGO. Anh. § 75 zu I 10 § 19, Ges. v. 26. Januar 1857 (GS. S. 64)] nicht aufgenommen wird, gestattet aber davon eine Ausnahme nach richterlichem Ermessen, welches zu entscheiden hat, ob und inwieweit die Wichtigkeit der Sache die Führung eines Nebenprotokolls erfordert (z. B. Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichtleistungen usw.).

Nach dem Entw. lautete Abs. 1:

„Wird unter Betheiligung — zuzuziehen. Der Aufnahme eines Nebenprotokolls in fremder Sprache bedarf es nicht."

§ 188. Zur Verhandlung mit tauben oder stummen Personen ist, sofern nicht eine schriftliche Verständigung erfolgt, eine Person als Dolmetscher zuzuziehen, mit deren Hülfe die Verständigung in anderer Weise erfolgen kann.

Entw. § 152. Mot. S. 202. Prot. S. 45, 46.

§ 189. Ob einer Partei, welche taub ist, bei der mündlichen Verhandlung der Vortrag zu gestatten sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.

Die Mot. bemerken darüber:

„Der § 157 erklärt ein Nebenprotokoll in allen Fällen entbehrlich, also auch in denjenigen Fällen, in welchen eine Vorlesung des Protokolls stattfindet — — — — — Da das Verfahren der Prozeßordnungen wesentlich auf dem Grundsatze der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter beruht, so liegt ein Bedürfniß, die Führung der Nebenprotokolle, sei es auch nur für die außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden Verhandlungen vorzuschreiben, nicht vor. — — Selbstverständlich bleibt dem Dolmetscher unbenommen, zu seiner eigenen Kontrole die von ihm zu verdolmetschende Erklärung zunächst in der Sprache des Erklärenden niederzuschreiben."

Schon in der 2. Lesung des Reichstags wurde indessen von dem Berichterstatter bemerkt, daß die Befugniß, welche § 4 des Preuß. Ges. v. 28. Aug. 1876 dem Richter verleiht, wichtige Aussagen und Erklärungen in der fremden Sprache protokolliren zu lassen, durch das GVG. nicht ausgeschlossen sei, und in 3. Lesung wurden auf Antrag des Abg. Struckmann statt Satz 2 des Entw. die Bestimmungen in Satz 2, 3 des gegenwärtigen Abs. 1 aufgenommen, welche mit § 4 Abs. 4 des Preuß. Ges. bis auf das Wort „sollen" statt „können" übereinstimmen. Dieselben enthalten also eine instruktionell vorgeschriebene Verpflichtung des Gerichts hinsichtlich der entsprechenden Fälle. Weitergehende Anträge, wonach nicht blos wichtige Erklärungen rc., sondern überhaupt Anträge, Erklärungen usw. auf Verlangen der Parteien stets in der fremden Sprache protokollirt werden sollten, sind vom Reichstage abgelehnt.

Wo „der Richter" (d. h. das Gericht) ausnahmsweise die Niederschrift in der fremden Sprache anordnet, ist diese durch den Dolmetscher zu bewirken.

5) Abs. 2: Die Bestimmung lautet ganz allgemein und ist deshalb an sich auf die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, namentlich dem Amtsgerichte nicht unanwendbar; jedoch muß das Protokoll deutsch abgefaßt werden. (Vgl. auch Hauck S. 211, Thilo S. 259, Wilm.-Levy Anm. 4, H. Meyer, Prot. u. Urtheil S. 6, Böhm a. a. O. S. 118. A. M.: Löwe a. a. O. § 187 Anm. 10, Keller S. 225, Endemann I S. 177.) S. auch § 189 Anm. 2.

§ 188.

1) Der § 188 kennt nur zwei Alternativen, die schriftliche Verständigung oder die Zuziehung eines Dolmetschers. Man wird zwar, wie in der RTK. konstatirt wurde, die von manchen Tauben und Stummen erworbene Fertigkeit, Andere zu verstehen bzw. Laute hervorzubringen, benutzen können, aber doch der Sicherheit wegen nicht von Zuziehung eines Dolmetschers absehen dürfen, sofern schriftliche Verständigung nicht möglich ist.

2) — „schriftliche Verständigung" — d. h. schriftliche Frage und schriftliche Antwort. Die abweichende Auffassung eines Abg., welcher eben deshalb „anderweite Verständigung" zu setzen vorschlug, erhielt nicht den Beifall der RTK.

3) — „eine Person, mit deren Hülfe — kann" — statt „eine der Zeichensprache kundige Person", wie der Entw. wollte. Die Aenderung ist auf Antrag des Abg. Lieber von der RTK. beschlossen, weil mit manchen Tauben und Stummen eine leichtere Verständigung als durch die sog. Zeichensprache möglich ist (s. Anm. 1).

§ 189.

1) Abs. 1: Diese Bestimmung — eine Modifikation des § 188 — gilt auch im „Parteiprozesse" (CPO. §§ 456 ff.). Die betreffende Partei kann also hier mittelbar zur Bestellung eines

Dasselbe gilt in Anwaltsprozessen von einer Partei, die der deutschen Sprache nicht mächtig ist.

Entw. § 153. Mot. S. 202. Prot. S. 46, 47.

§ 190. Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten Eide in der ihnen geläufigen Sprache.

Entw. § 154. Mot. S. 202. Prot. S. 47.

§ 191. Der Dolmetscher hat einen Eid dahin zu leisten:

daß er treu und gewissenhaft übertragen werde.

Ist der Dolmetscher für Uebertragungen der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

Entw. § 155. Mot. S. 202. Prot. S. 47.

Bevollmächtigten (CPO. § 75) genöthigt werden. Im Anwaltsprozesse (das. § 74) enthält die Vorschrift eine Modifikation des § 128 Abs. 4 d. CPO.

Ein Streichungsantrag in der RTK. blieb erfolglos, nachdem der Regierungsvertreter bemerkt hatte, daß man dem verständigen Ermessen des Gerichts nach Lage des einzelnen Falles vertrauen dürfe.

„Die mündliche Verhandlung setzt ein wechselseitiges Sichverstehen zwischen Gericht und Partei voraus; tauben Personen, selbst wenn sie der Sprache mächtig sind, kann daher ein Recht zu eigener Theilnahme an der Verhandlung nur unter Beschränkung gewährt werden; § 189 stellt die Beschränkung in das richterliche Ermessen." (Mot.)

Auf taube Vertreter wird Abs. 1 entsprechend anzuwenden sein. § 188 bezieht sich nicht auf Rechtsanwälte (s. Prot. S. 46, Keller S. 226, Endemann I S. 179).

2) Abs. 2: Im Parteiprozesse kann der der deutschen Sprache nicht mächtigen Partei das Wort nicht versagt werden. Es ist also stets nach § 187 zu verfahren. (Zustimmend: Wilm. Levy Anm. 2, Keller S. 226, Thilo S. 260 Anm. 3, Planck I S. 241. A. M. Endemann a. a. O., welcher auch im Parteiprozesse nach CPO. § 143 das Ermessen des Gerichts entscheiden läßt.) Andere Rücksichten gelten in Anwaltsprozessen. Vgl. CPO. § 128 Anm. 3. § 187 ist hier nur nach richterlichem Ermessen anwendbar.

„In Anwaltsprozessen aber, in denen die Rechte der Parteien durch Anwälte zu vertreten sind, aber neben dem Anwalt nach der Schlußbestimmung des § 128 der CPO. auch der Partei selbst auf Antrag das Wort gestattet werden soll, muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, ob und inwieweit die der deutschen Sprache nicht mächtige Partei hierzu zu verstatten ist." (Mot.)

§ 190.

1) — „welche — nicht mächtig sind" — vgl. § 187 Anm. 2.

— „leisten — Sprache" — entweder mittels Nachsprechens der von dem Dolmetscher einzeln vorgesprochenen Worte oder mittels Ablesens der ihnen in dieser Sprache vorgelegten Eidesformel (vgl. CPO. § 444). Eine Uebersetzung derselben in das Deutsche ist nicht erforderlich. Ein Dolmetscher ist bei der Eidesleistung stets zuzuziehen, sofern nicht der Fall des § 187 Abs. 2 vorliegt.

2) Ueber die Beeidigung tauber und stummer Personen s. CPO. §§ 444 Anm. 1, 445.

§ 191.

1) Abs. 1: Die Beeidigung des Dolmetschers erfolgt für jede Verhandlung, bei welcher er zugezogen wird. Ist sie bei einer früheren Verhandlung in derselben Sache bereits erfolgt, so wird jedoch nach Analogie der CPO. §§ 363 Abs. 3, 367 die Berufung auf den geleisteten Eid genügen. (Vgl. auch Löwe a. a. O. § 191 Anm. 6, Rechtspr. d. RG. i. StrS. VII S. 426.)

Die einzige Ausnahme enthält § 192.

2) Der Eid ist eine besondere Art des Sachverständigen-Eides (CPO. § 375 Abs. 1) und

§ 192. Der Dienst des Dolmetschers kann von dem Gerichtsschreiber wahrgenommen werden. Einer besonderen Beeidigung bedarf es nicht.

Entw. § 156. Mot. S. 202. Prot. S. 47.

§ 193. Auf den Dolmetscher finden die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung der Sachverständigen entsprechende Anwendung. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht oder den Richter, von welchem der Dolmetscher zugezogen ist.

Entw. § 157. Mot. S. 202. Prot. S. 47.

---

folgt im allgemeinen dessen Regeln. Verzicht der Parteien ist jedoch hier nicht gestattet. (So auch Löwe a. a. O. § 191 Anm. 1, Thilo S. 261, Wilm. Levy Anm. 1, Böhm a. a. O. S. 118.)

Der Eid deckt auch die Mittheilung einer vorher vom Dolmetscher gefertigten Uebersetzung (RG. i. StrS. VII S. 390).

3) Abs. 2: Die Vorschrift entspricht der CPO. § 375 Abs. 2.

„Uebertragungen der betreffenden Art" — nämlich aus der betreffenden fremden Sprache bzw. für Fälle des § 188.

§ 192.

1) Ob der Gerichtsschreiber, d. h. der in der Sache fungirende Gerichtsschreiber (RG. i. StrS. II S. 372, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 373), als Dolmetscher zu verwenden, unterliegt richterlichem Ermessen (vgl. § 187 Anm. 3). Nach den Mot. dient diese Verwendung „zur Vereinfachung des Verfahrens und erscheint, wo häufig mit anders redenden Personen zu verhandeln ist, besonders zweckentsprechend."

Selbstverständlich muß die Befähigung des Gerichtsschreibers als Dolmetscher keinem Zweifel unterliegen. Den Parteien ist unbenommen, ihre Einwendungen dagegen anzubringen.

2) In Preußen ist aus Anlaß des § 192 von dem Justizminister unterm 9. Novbr. 1880 eine diesen Gegenstand regelnde besondere „Dolmetscher-Ordnung" erlassen (JMBl. S. 253), an deren Stelle jetzt die vom 24. April 1886 (JMBl. S. 98) getreten ist. Nach letzterer werden die Dolmetscher für die Dauer der Bekleidung der Gerichtsschreiber- oder Gerichtsschreibergehülfen-Stelle bei dem betreffenden Gericht nach bestandener Dolmetscher-Prüfung von dem Präsidenten des Oberlandesgerichts ernannt; es können auch Hülfs-Dolmetscher ernannt werden.

3) Eine besondere Erwähnung des „Protokollführers" (s. Preuß. Ges. v. 28. Aug. 1876 § 8) ist mit Rücksicht auf CPO. § 151 (u. StrPO. § 185) nicht erforderlich.

4) „Einer besonderen Beeidigung bedarf es nicht" — d. h. die Beeidigung als Gerichtsschreiber (s. Anm. 1) genügt. Weder die allgemeine noch die besondere Beeidigung als Dolmetscher (§ 191) ist erforderlich. Nach § 19 d. Preuß. Dolmetscher-Ordn. v. 24. April 1886 werden Dolmetscher und Hülfsdolmetscher als solche im Allgemeinen beeidigt.

§ 193.

1) Die Vorschrift ist eine Konsequenz der prinzipiellen Stellung des Dolmetschers als eines Sachverständigen (s. §§ 187 Anm. 3, 191 Anm. 2). Auch sonstige Bestimmungen vom Sachverständigenbeweise (vgl. z. B. CPO. §§ 372—374) werden, obwohl sie nicht besonders hervorgehoben sind, entsprechende Anwendung finden. Andere Vorschriften (vgl. z. B. CPO. §§ 376, 377) passen auf den Dolmetscher nicht; von ihrer Anwendung kann mithin keine Rede sein. Vgl. auch § 191 Anm. 2 a. E.

2) — „die Bestimmungen — Sachverständigen" — Die CPO. § 371 (u. StrPO. § 74) kennt nur die Ablehnung, wenngleich auch aus Gründen, aus welchen ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (s. CPO. § 371 Anm. 2). Die Worte „Ausschließung und" sind also bedeutungslos (so auch Rechtspr. d. RG. i. StrS. VII S. 501).

3) Satz 2: Die Bestimmung entspricht dem § 371 Abs. 4 der CPO. Vgl. § 187 Anm. 3.

Sechzehnter Titel. **Berathung und Abstimmung.**

§ 194. Bei Entscheidungen dürfen Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken.

Bei Verhandlungen von längerer Dauer kann der Vorsitzende die Zuziehung von Ergänzungsrichtern anordnen, welche der Verhandlung beizuwohnen und im Falle der Verhinderung eines Richters für denselben einzutreten haben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch auf Schöffen und Geschworene Anwendung.

Entw. § 158. **Mot.** S. 203, 204. **Prot.** S. 47, 432.

---

4) Nach § 13 Abs. 2 d. GO. f. Z. u. S. enthält der Dolmetscher Entschädigung als Sachverständiger nach den Vorschriften dieses Gesetzes, sofern nicht seine Leistungen zu den Pflichten eines von ihm versehenen Amtes gehören (s. z. B. § 192). Die Kosten des Dolmetschers fallen unter die im Prozesse entstehenden baaren Auslagen (GKG. § 79 Nr. 4, § 84).

Sechzehnter Titel.

1) § 194 bestimmt, wer bei der Berathung und Abstimmung mitzuwirken hat; §§ 195—199 beziehen sich auf das Verfahren, §§ 197, 199 insonderheit auf die Abstimmung; § 200 schreibt Geheimhaltung vor.

2) Das Preuß. AG. z. GVG. § 90 bestimmt:

„In gerichtlichen Angelegenheiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, erfolgt die Berathung und Abstimmung nach den Vorschriften der §§. 194—199 des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes."

Wegen mancher durch diese Vorschrift nicht berührten Spezialvorschriften, z. B. für die Auseinandersetzungsbehörden, s. Mot. d. Ges. Entw. S. 85, 86. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 58, 227.)

§ 194.

1) § 194 betrifft die Zusammensetzung des Gerichts bei der Entscheidung im einzelnen Falle. Anders bei der Bildung der Abtheilungen (§§ 59 ff., 120, 121, 132, 133).

2) Abs. 1 enthält einen wichtigen, von dem früheren preuß. Recht abweichenden Grundsatz, welcher den bei einem Wechsel der Mitgliederzahl möglichen Ungleichheiten in der Rechtsprechung sowie einer willkürlichen Verschiebung des Stimmverhältnisses in einer einzelnen zur Verhandlung anstehenden Sache vorbeugen soll. Auf Verletzung desselben (wie derjenigen des Abs. 2 u. 3) kann Berufung bzw. Revision gestützt werden (s. CPO. § 513 Anm. 2). Auch Richtigkeitsklage ist statthaft (vgl. CPO. § 542 Nr. 1).

— „nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl" — d. h. nicht mehr und nicht weniger. Vgl. GVG. §§ 22, 77, 109, 124, 140, jedoch auch § 139, welcher in ersterer Beziehung eine Ausnahme macht („mindestens").

Auch das Verhältniß der Handelsrichter zu den rechtsverständigen Richtern ist ein gesetzlich fest geregeltes (vgl. § 109 Anm. 1, 2) und darf nicht geändert werden.

3) Abs. 2: Da nach dem Grundsatze der Mündlichkeit das Urtheil nur von solchen Richtern gefällt werden kann, welche der ihm zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben (CPO. § 280), so kann einer Wiederholung der Verhandlung im Falle der Verhinderung eines Richters nur durch die Zuziehung von Ergänzungsrichtern, und zwar bei der ganzen mündlichen Verhandlung, vorgebeugt werden. Die nachträgliche Zuziehung eines nur zufällig anwesenden Richters genügt nicht (s. Hauck S. 215, Löwe a. a. O. § 194 Anm. 9a). — Für den Fall einer Verhinderung des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen kann nur der ordnungsmäßig bestellte Stellvertreter (s. § 109 Anm. 2) als Ergänzungsrichter fungiren, für die Beisitzer nur ein Handelsrichter. (S. auch Wilm. Levy Anm. 2, Turnau a. a. O. I S. 338.

§ 195. Die Berathung und Abstimmung des Gerichts erfolgt nicht öffentlich. Diese Vorschrift steht der Zulassung der bei dem Gerichte zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen nicht entgegen.

Entw. — Mot. — Prot. S. 47, 55–58, 690–693.

Abweichend Thilo S. 264, welcher Abs. 2 überhaupt nicht auf die Kammern für Handelssachen bezieht.)

Die Mot. bemerken:

„Die Aufgabe eines solchen Richters — — besteht zunächst nur darin, daß er die Verhandlung mit anzuhören hat, ohne in dieselbe eingreifen oder an den Beschlüssen theilnehmen zu können. Hierzu wird er erst berufen, wenn der Fall der Verhinderung eines Mitgliedes vorliegt."

Das Fragerecht der beisitzenden Richter (CPO. §§ 130 Abs. 3, 131) wird indessen auch dem Ergänzungsrichter nicht zu versagen sein. Der Zweck seiner Zuziehung würde sonst verfehlt werden können.

4) Ob eine Verhandlung voraussichtlich längere Dauer haben wird und deshalb die Zuziehung von Ergänzungsrichtern erforderlich ist, entscheidet der Vorsitzende der betreffenden Gerichtsabtheilung (s. §§ 61, 68, 121, 133). Dieselben müssen stets aus den regelmäßigen oder zeitweiligen Vertretern der an der Sitzung theilnehmenden Mitglieder (vgl. §§ 62, 66 2c.) entnommen werden. Ist dies aber befolgt, so wird es nicht darauf ankommen, ob im Falle der wirklich im Laufe der Verhandlung eintretenden Verhinderung eines Mitglieds der nunmehr an dessen Stelle tretende Ergänzungsrichter gerade regelmäßiger oder zeitweiliger Vertreter dieses Mitglieds ist. Sind mehrere Ergänzungsrichter zugezogen, so wird die Reihenfolge durch die Bestimmung wegen der Stellvertretung (§ 62) festzustellen sein. Eventuell entscheidet die Reihenfolge bzw. Zeit der Berufung. (S. auch Löwe a. a. O. § 194 Anm. 12. A. M. Hauck S. 213.) Vgl. übrigens §§ 65 Anm. 1, 69 Anm. 3.

§ 195.

1) Der Abs. 1 des § 195 ist von der RTK. aus § 130 des Entw. hierher übertragen, der Abs. 2 neu hinzugefügt. Bereits in erster Lesung wurde ein Antrag der Abg. Klotz und Eysoldt, daß außer den zur Entscheidung berufenen Richtern Niemand bei der Berathung anwesend sein solle, mit der von dem Abg. Struckmann beantragten Ausnahme hinsichtlich der bei dem Gericht zur juristischen Ausbildung beschäftigten Personen angenommen. Die hieraus hervorgegangenen Beschlüsse wurden sodann in zweiter Lesung noch in einzelnen Punkten modifizirt. In Folge dessen erhielt die Vorschrift ihre jetzige Fassung.

2) Abs. 1: Die Absicht der Antragsteller und, wie man annehmen muß, auch der RTK. ist dahin gegangen, abgesehen von den in Abs. 2 genannten Personen, die Theilnahme eines jeden Anderen als der in der Sache entscheidenden Richter an der Berathung und Abstimmung auszuschließen (s. Anm. 1), z. B. des Staatsanwalts; hinsichtlich des Gerichtsschreibers ist dies in zweiter Lesung ausdrücklich konstatirt. (So auch die Geschäftsordnung des Reichsgerichts § 15, Endemann I S. 183, Hauck S. 213, 214, Wilm. Levy Anm. 1. A. M.: Keller S. 229, Löwe a. a. O. § 195 Anm. 3, Thilo S. 266.) Auch ein Ergänzungsrichter (s. § 194 Anm. 2) darf, sofern nicht ein Richter ausgeschieden ist, an der Berathung nicht Theil nehmen. Die Anträge von Klotz u. Gen. richteten ihre Spitze indessen hauptsächlich gegen die Anwesenheit von Visitatoren oder des bei der Sache unbetheiligten Gerichts-Präsidenten bzw. der Richter anderer Senate (Kammern), weil man jede Beeinflussung abwenden wollte. Freilich ist dieser Gedanke durch die in zweiter Lesung beschlossene Fassung wesentlich abgeschwächt. Die letztere verbietet nur die Oeffentlichkeit (vgl. auch R. E. § 342 Abs. 1), verhindert aber damit an sich noch nicht die Zulassung einzelner Personen, welche allerdings vom Vorsitzenden abhängt (vgl. auch Planck I S. 159). Keinesfalls begründet die Anwesenheit Anderer die Revision (s. RG. i. StrS. I S. 207, II S. 393, Rechtspr. d. RG. i. StrS. II S. 394, 714), was auch die RTK. in

§ 196. Der Vorsitzende leitet die Berathung, stellt die Fragen und sammelt die Stimmen.

Meinungsverschiedenheiten über den Gegenstand, die Fassung und die Reihenfolge der Fragen oder über das Ergebniß der Abstimmung entscheidet das Gericht.

Entw. § 159. **Mot.** S. 204, 205. **Prot.** S. 47—58.

---

zweiter Lesung durch Annahme eines Antrags des Abg. v. Puttkamer, welcher die instruktionelle Natur der Vorschrift ausdrücken sollte, anerkannt hat.

Sachverständige mit berathender Stimme zur Berathung zuzuziehen (vgl. Preuß. Verordn. v. 2. Januar 1849 § 13, Ges. v. 26. April 1851 Art. IV), ist nicht als statthaft anzusehen, da die Zahl der berathenden Richter nicht vermehrt werden darf (vgl. Nordd. Prot. S. 581).

3) Ein leises Berathen und Abstimmen, ohne das Sitzungszimmer zu verlassen, bleibt dem Gericht unbenommen (vgl. Prot. S. 611, Planck a. a. O.). Ein solches Verfahren wird aber nur in ganz einfachen und zweifellosen Sachen angemessen sein.

4) Der Grundsatz in Abs. 1 hat zur Folge, daß über die bei der Berathung und Abstimmung hervortretenden Verschiedenheiten nichts verlauten darf. Insbesondere dürfen an dem Urtheile die innerhalb des Gerichts hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten und das Stimmverhältniß, mit welchem dieselben entschieden sind, nicht hervorgehoben werden (vgl. Rechtspr. d. **RG.** i. StrS. I S. 250, II S. 70, Wach I S. 326). Hiervon gilt auch keine Ausnahme in den Fällen des § 196 Abs. 2 (vgl. § 196 Anm. 4. A. M. Löwe a. a. O. § 195 Anm. 4b). Vgl. auch § 200. (Für die Richter bedarf es wegen ihrer Pflicht zur Amtsverschwiegenheit einer besonderen Vorschrift nicht.) Eine motivirte Aeußerung des Dissenses einzelner Richter zu den Akten ist indessen nicht verboten (vgl. CPO. § 271 Abs. 3: „Abstimmungen"). Ein von der RTK. auf Antrag der Abg. Bähr und Struckmann dahin angenommener Zusatz-Paragraph: „Jeder Richter ist befugt, seine von dem Beschlusse des Gerichts abweichende Ansicht in den Geheimakten desselben niederzulegen" ist zwar in zweiter Lesung gestrichen; allein, wie z. B. die Bemerkung des Abg. v. Schwarze ergiebt, hielten nicht alle Mitglieder der Majorität die Vorschrift für sachlich verwerflich, sondern nur für überflüssig (s. auch Nordd. Prot. S. 59—64, 694). Es wird also das Landesrecht (vgl. Preuß. ALR. II 10 § 144, Hann. PO. § 183 u. Leonhardt, BPO. S. 147 Anm. 4) und der Gerichtsgebrauch entscheiden. Nach der Geschäfts-Ordnung des Reichsgerichts § 15 ist die Niederlegung eines Separatvotums (unter kurzer Begründung) in den Akten ausdrücklich gestattet. (Uebereinstimmend: Endemann I S. 185, Thilo S. 267, Gaupp I S. 408, Wilm. Levy § 199 Anm. 1, Seuffert CPO. § 271 Anm. 5, Löwe a. a. O. § 195 Anm. 4a. A. M.: Puchelt II S. 102 a. E. und Hellmann II S. 151, welche die Abgabe eines Separatvotums für unzuläßig halten.) Es ist jedoch dafür Sorge zu tragen, daß Parteien und sonstige Betheiligte keine Einsicht davon nehmen (vgl. CPO. § 271 Abs. 3).

5) Abs. 2: Die jetzige Fassung ist auf Antrag des Abg. Thilo von der RTK. gewählt, welche dadurch namentlich zur Erledigung eines von anderer Seite geäußerten Bedenkens auch anzudeuten beabsichtigte, daß den betreffenden Personen ein Recht auf Zulassung nicht beiwohne. Die letztere hängt auch hier von dem Vorsitzenden ab. Die Betheiligung der Referendare an der Berathung ist nicht ausgeschlossen (s. Nordd. Prot. S. 581).

§ 196.

1) Abs. 1: Die Vorschrift entspricht der dem Vorsitzenden gebührenden Leitung der mündlichen Verhandlung (CPO. § 127, StrPO. § 237).

2) Abs. 2 enthält eine nothwendige Modifikation des in Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes. Ueber das Gebiet der bloßen Leitung hinaus kann es die Sachentscheidung berühren, welche Fragen und in welcher Fassung sie gestellt, in welcher Reihenfolge sie zur Abstimmung gebracht werden sollen. Abs. 2 giebt daher, wie die Mot. bemerken, „die Erläuterung, daß die Stellung der Fragen durch den Vorsitzenden nur den Charakter eines vom Kollegium zu ge-

nehmigenden und eventuell zu berichtigenden Vorschlags hat." Dasselbe gilt von der Feststellung des Ergebnisses der Abstimmung. Vgl. auch H. E. § 254, P. E. § 343, N. E. § 342, Regul. über den Geschäftsgang beim ROHG. § 22 (ROHG. 2 S. 7).

3) Den alten Streit über den Inhalt der Abstimmung — ob nach „Gründen" oder nach dem „Resultat", oder ob nur über gewisse Gründe je nach deren Natur und im Uebrigen nach dem Resultat abzustimmen sei — hat die CPO. nicht entschieden.

Die Mot. bemerken:

„Der Entw. geht davon aus, daß es nicht Sache des Gesetzes ist, in diesen theoretischen Streit durch positive Bestimmungen einzugreifen. In der Praxis der gerichtlichen Kollegien findet die Frage fast immer ohne Schwierigkeit nach der besonderen Lage des Falls ihre Erledigung. Positive Bestimmungen würden, statt Schwierigkeiten auszugleichen, zu Verwickelungen führen. Es ist unmöglich, in der Art des P. E. von 1864" (P. E. § 345; s. auch Hann. PO. § 350, Code de Genève art. 104) „die Frage einfach durch Annahme des Grundsatzes der Abstimmung nach Gründen zu entscheiden, und ebenso unzulässig, den Grundsatz der Abstimmung nach dem Resultate festzustellen. Das Gesetz müßte kasuistische Unterscheidungen aufstellen, die nicht erschöpfend ausfallen würden, und deren Aufstellung deshalb hier wie in anderen Fällen zu vermeiden ist."

Auch von der RTK. wurden Anträge der Abg. Bähr u. Struckmann, zu bestimmen, daß über die einzelnen That- und Rechtsfragen bzw. über die rechtliche Erheblichkeit und über den Beweis einer jeden einzelnen als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemachten Thatsache, wenn erforderlich, sowie über „Vorfragen", nicht aber über die für eine freie richterliche Ueberzeugung maßgebenden Gründe getrennt abzustimmen sei (vgl. auch H. E. § 255, N. E. § 343, Nordd. Prot. S. 583 ff.), nach längerer Diskussion abgelehnt. Vgl. Ber. d. RTK. z. GVG. S. 70.

Die Literatur über die vorliegende Frage ist eine reiche. [Vgl. v. Rönne, Erg. 5. Ausg. Bd. 3 S. 283 ff., Koch, Preuß. Civilproz. S. 324 ff., dessen Preuß. Privatrecht I § 64, Mot. z. Hann. PO. § 350 bei Leonhardt, B. PO. S. 245, Francke, Mag. f. Hann. Recht VIII S. 63 ff., Hann. Prot. IV S. 1658 ff. Für Abstimmung nach dem Resultate: Waldeck in Ulrich, Arch. f. Preuß. Recht Jahrg. 7 (1844) S. 427 ff., Silberschlag, Preuß. Anw.-Ztg. 1865 Nr. 12, hauptsächlich Zacke, Ueber Beschlußfassung in Versammlungen u. Kollegien 2c. Leipzig 1867 und, jedoch mit erheblichen Modifikationen, v. Bar in Krit. Vierteljahrsschr. X S. 468 ff., während z. B. der preuß. Justizminister in den bei v. Rönne a. a. O. abgedruckten Reskr. v. J. 1834, 1839 u. 1840, v. Savigny, System d. RR. VI S. 408 (im Zusammenhange mit seiner Lehre von der Rechtskraft — s. oben S. 287, 344) und Koch a. a. O. sich für eine Abstimmung nach den Gründen (Elementen des Urtheils) aussprechen und Wetzell S. 417 auf die Observanzen und Instruktionen der einzelnen Gerichte verweist. Unter den letzteren erkennt das Regul. über den Geschäftsgang des ROHG. § 24 wenigstens die Zulässigkeit einer Abstimmung über die einzelnen Gründe an.]

Für die Nothwendigkeit einer Abstimmung über die einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (s. oben S. 151, 284) sowie über prozessualische und materielle Präjudizialfragen (Vorfragen), z. B. über die Zulässigkeit des Rechtsweges, die Zuständigkeit des Gerichts, die Sachlegitimation usw., dürfte die Natur der richterlichen Entscheidung als eines logischen Schlusses (nicht eines bloßen Willensakts) und das Erforderniß der Beifügung von Gründen (CPO. §§ 282, 284) entscheidend sein. In derselben Weise wie der einzelne Richter hat sich die Mehrheit die Prämissen jenes Schlusses zu bilden. Nur das so konstruirte Resultat entspricht wirklich der Gesammtmeinung, welche auch in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommen muß, während ein Resultat, welches sich aus Stimmen zusammensetzt, die von ganz verschiedenen Gründen ausgehen, nur scheinbar eine Mehrheit für sich hat. Wenn z. B. von den Richtern einer im Gegensatz zu zweien die thatsächlichen Grundlagen des klägerischen Darlehnsanspruchs für nicht erwiesen, ein zweiter im Gegensatz zu den beiden anderen den Anspruch für

§ 197. Kein Richter, Schöffe oder Geschworener darf die Abstimmung über eine Frage verweigern, weil er bei der Abstimmung über eine vorhergegangene Frage in der Minderheit geblieben ist.

Entw. § 160. Mot. S. 205, 206. Prot. S. 58.

§ 198. Die Entscheidungen erfolgen, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, nach der absoluten Mehrheit der Stimmen.

Bilden sich in Beziehung auf Summen, über welche zu entscheiden ist, mehr

---

verjährt erklärt, so widerspricht es allen Grundsätzen der Logik, den Anspruch abzuweisen, obwohl die Mehrheit des Kollegiums das Darlehn für erwiesen und zugleich für nicht verjährt erachtet hat. Soweit es sich freilich um freie richterliche Würdigung handelt, sind bestimmte Prämissen oder Motive derselben nicht mehr so trennbar, daß eine getrennte Abstimmung möglich wäre. Hier kann also nur über die Ueberzeugung selbst abgestimmt werden, und die „Gründe" müssen die einzelnen für die Ueberzeugung der Mehrheit geltend gemachten Momente zusammenstellen.

Für den Civilprozeß werden diese Grundsätze erheblich durch die Vorschriften über die Zulassung von Zwischenurtheilen und (in beschränkter Anwendung) von Präjudizialurtheilen (CPO. §§ 275, 276, 253, 248, GVG. § 106) unterstützt, wodurch gewisse „Gründe" mit mehr oder minder starker Wirkung vorab entschieden werden können. Daß über die Fragen, welche Gegenstand einer abgesonderten Entscheidung werden können, besonders abzustimmen, ist danach zweifellos. Auch die §§ 196, 197 d. GVG. setzen eine Abstimmung über einzelne „Fragen" voraus. (Vgl. auch v. Bülow Anm. 1, Wilm. Levy Anm. 1, Dochow im Rechtslexikon I S. 28 s. v. „Abstimmung", Planck I S. 159 ff., welcher jedoch zu den Motiven, worüber nicht gesondert abzustimmen, auch die Feststellung des anzuwendenden Rechtssatzes rechnet.) Auf diesem Felde wurden denn auch in der RTK. die Bähr-Struckmann'schen Anträge weniger aus sachlichen Gründen, als weil sich die Frage zur gesetzlichen Fixirung nicht eigne, bekämpft (vgl. namentlich die Aeußerungen des Regierungsvertreters v. Amsberg — Prot. S. 51, 54); der sachliche Widerspruch betraf fast ausschließlich den Strafprozeß. (Auch in Bezug auf letzteren erklärt sich im Allgemeinen — jedoch mit erheblichen Modifikationen, insbesondere rücksichtlich der Schuldfrage — für jene Anträge Löwe a. a. O. § 196 Anm. 3.)

4) Ein Rechtsmittel kann keinenfalls auf die Verletzung der in Anm. 2 erörterten Grundsätze gegründet werden, da der Gang der Abstimmung und die Vota der einzelnen Mitglieder nicht fixirt werden (vgl. § 195 Anm. 4 i. A. und Regul. d. ROHG. § 21; übereinstimmend Endemann I S. 181, 182).

§ 197.

1) Jede „Frage", von welcher die Entscheidung abhängt (s. § 196 Anm. 2, 3), muß von dem ganzen Kollegium beantwortet werden. Der einzelne Richter kann sich nicht wegen eines vermeintlichen inneren Widerspruchs mit einer seiner vorangegangenen Abstimmungen der Abstimmung entziehen, z. B. nicht, weil er den Grund der Forderung für hinfällig erachtet, die Abstimmung über die Einrede, oder, weil der Rechtsweg ausgeschlossen sei, die Abstimmung in der Sache selbst ablehnen. (Vgl. auch Hann. PO. § 350, H. E. § 255, Württ. PO. § 366 2c.)

2) Eben deshalb aber muß der Einzelne auch im Allgemeinen dem Gedankengange der Mehrheit folgen und darf nicht bei ferneren Abstimmungen auf den bereits verworfenen Standpunkt zurückkehren, wenngleich er sich nicht die von ihm nicht gebilligten Motive der Mehrheit anzueignen braucht (vgl. Planck I S. 162). Die CPO. überläßt diese Frage der Praxis, weil dieselbe, wie die Mot. bemerken, sich durch positive gesetzliche Vorschriften nicht beantworten lasse und nach logischen Grundsätzen in Gemäßheit der Verschiedenheit der Fälle verschieden beantwortet werden müsse (vgl. auch RG. i. StrS. IV S. 198).

als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergiebt.

Bilden sich in einer Strafsache, von der Schuldfrage abgesehen, mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so werden die dem Beschuldigten nachtheiligsten Stimmen den zunächst minder nachtheiligen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergiebt.

Entw. § 101. Mot. S. 206, 207. Prot. S. 58, 59, 432.

§ 199. Die Reihenfolge bei der Abstimmung richtet sich nach dem Dienstalter, bei den Schöffengerichten und den Kammern für Handelssachen nach dem Lebensalter; der Jüngste stimmt zuerst, der Vorsitzende zuletzt. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so giebt dieser seine Stimme zuerst ab.

---

§ 198.

1) Abs. 1: vgl. R. E. § 344.

— „soweit — bestimmt" — Die CPO. enthält solche anderen Bestimmungen nicht und ebensowenig das GVG. (vgl. § 63 Anm. 3, CPO. § 864), wohl aber die StrPO. § 262 Abs. 1, 307, 317.

Vorschriften für den Fall der Stimmengleichheit (wie in den §§ 61, 63 Abs. 2) sind nicht erforderlich, da die Zahl der Mitglieder stets eine ungerade sein muß (vgl. §§ 139 Abs. 2, 194 Anm. 2).

2) Abs. 2 ist auf Antrag der Abg. Bähr u. Struckmann von der RTK. hinzugefügt (vgl. auch Hann. PO. § 351, Württ. PO. § 367). Wie Abs. 3, erscheint derselbe als eine Anwendung des Grundgedankens, daß, wer das Größere will, damit auch das Geringere einschließt. Die Mot. erkannten den Satz gleichfalls als richtig an, erachteten aber für den Civilprozeß eine gesetzliche Sanktionirung desselben für mißlich, weil nur die Lage des einzelnen Falles nach logischen Gesichtspunkten erkennen lasse, was als das Mehr anzusehen sei.

> „Bei Berechnung eines Schadensersatzanspruchs z. B. wird äußerlich das Mehr sich in ganz anderer Weise geltend machen, je nachdem die Meinungsverschiedenheit und die Abstimmung die Höhe des Schadens im Ganzen bzw. den ursprünglichen Werth der Sache vor der Beschädigung oder denjenigen Werth betrifft, welcher der beschädigten Sache verblieben ist. Für civilprozessualische Fälle dieser Art läßt sich aus der Parteirolle des einen oder anderen Theils die Entscheidung, was in jedem einzelnen Falle das Mehr ist, nicht hernehmen." (Mot.)

Es kommt indessen bei Anwendung des Abs. 2 lediglich auf absolute Summen an, d. h. daß die Summe das Resultat der Entscheidung ausdrückt, mag sie immerhin nicht „im Urtheil auszusprechen" (so Hauck S. 216), sondern abzurechnen sein, und es wird vorausgesetzt, daß der Rechtsgrund des Anspruchs feststeht, wie der Abg. Bähr auf Anfrage in der RTK. bestätigte. Vgl. CPO. § 276 Anm. 3. In welcher Beziehung die Frage nach der arithmetisch höheren oder geringeren Summe zu der Endentscheidung steht, ist also unerheblich. (So auch Wilm. Levy Anm. 2. Vgl. v. Rönne, Erg. 5. Ausg. Bd. 3 S. 283.)

3) Abs. 2 leidet keine entsprechende Anwendung auf relative Mehrheiten, die sich bei anderen als reinen Summenfragen (Größe, Werth usw.) bilden. Hier ist es Sache des Vorsitzenden bzw. des Gerichts (§ 196), durch die Reihenfolge bzw. die Vereinfachung der Fragestellung eine absolute Mehrheit zu erzielen, wie die Mot. gegenüber der Bayer. PO. Art. 273 näher ausführen.

§ 199.

1) — „nach dem Dienstalter" — Das Dienstalter bestimmt sich nach Maßgabe des Landesrechts (vgl. § 65 Anm. 1). Bei gleichem Dienstalter ist nach Analogie der §§ 63 Abs. 2, 65 Abs. 2, 139 Abs. 2 das Lebensalter maßgebend.

2) — „und den Kammern für Handelssachen nach dem Lebensalter" — vgl.

Bei der Abstimmung der Geschworenen richtet sich die Reihenfolge nach der Auslоosung. Der Obmann stimmt zuletzt.

Entw. § 162. Mot. S. 207. Prot. S. 59, 693.

§ 200. Schöffen und Geschworene sind verpflichtet, über den Hergang bei der Berathung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten.

Entw. § 163. Mot. S. 217. Prot. S. 64—66, 693, 694.

Siebenzehnter Titel. **Gerichtsferien.**

§ 201. Die Gerichtsferien beginnen am 15. Juli und endigen am 15. September.

Entw. § 164. Mot. S. 207, 208. Prot. S. 66, 67, 695—697.

---

§§ 67, 109 Abs. 2. Der rechtsverständige Richter stimmt, wie die Mot. hervorheben, als Vorsitzender zuletzt.

3) „Wenn ein Berichterstatter ernannt ist" — vgl. § 139 Abs. 2, CPO. §§ 124 Anm. 1, 353, 354 Abs. 3 (StrPO. §§ 23 Abs. 3, 365 Abs. 1, 391 Abs. 1), Gesch.-Ordn. d. Reichsger. §§ 7—13. Der Referent stimmt nach altem Gerichtsbrauch zuerst, nach ihm der etwa ernannte zweite Referent (Korreferent).

§ 200.

Für die Richter, einschließlich der Handelsrichter, sowie die etwa nach § 195 Abs. 2 zugelassenen Personen ist diese Verpflichtung selbstverständlich (vgl. Mot. S. 97).

Siebenzehnter Titel.

Mot. S. 207, 208.

Literatur: Alexander-Katz in Busch, Zeitschr. VII S. 500 ff.

1) Ueber die doppelte Bestimmung der Ferien äußern die Mot.:

„Sie sollen die Beurlaubung der gerichtlichen Beamten erleichtern und sie sollen die Privatpersonen, welche als Handelsrichter, Zeugen oder Sachverständige zum Gerichtsdienst herangezogen werden können, in der Erntezeit, in welcher der Gerichtsdienst für einen wesentlichen Theil der Bevölkerung mit großen Nachtheilen verbunden sein kann, vor diesen Nachtheilen möglichst bewahren."

Uebrigens dienen sie auch dem Interesse der Parteien (vgl. Alexander-Katz a. a. O. S. 504 ff.).

2) Mit Rücksicht auf CPO. § 201, welcher den Einfluß der Ferien auf die Fristen regelt, bestimmt das GVG. die Ferienzeit (§ 201), ferner die Feriensachen (§ 202). Eine organisatorische Vorschrift (§ 203) ist von der RTK. hinzugefügt. Alles Uebrige ist den Landesgesetzen bzw. der Landesjustizverwaltung überlassen.

3) Hinsichtlich der Sonntage und allgemeinen Feiertage (sog. feriae divinae) vgl. CPO. §§ 171, 193 Abs. 3, 200 Abs. 2, 681 Abs. 1, 2. Ein Antrag, die allgemeinen Feiertage durch Kaiserliche Verordnung einheitlich zu bestimmen, ist von der RTK. abgelehnt. Es entscheidet in dieser Hinsicht das Landesrecht, während die in manchen Staaten, z. B. Preußen, früher geltende Verlängerung der Ferienzeit bei den Hauptfesten allgemein in Wegfall gekommen ist. Vgl. Gesch.-Ordn. d. Reichsgerichts § 6.

4) Bei der Berathung über den vorliegenden Titel wurde in der RTK. von verschiedenen Seiten die Aufnahme von Vorschriften über die Dauer des Geschäftsjahres angeregt. Man beschloß indessen, diesen Gegenstand nicht allgemein zu regeln. Vgl. jedoch § 61 Anm. 4.

5) Das Preuß. AG. z. GVG. § 91 bestimmt:

„Auf die Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit sind die Gerichtsferien ohne Einfluß. Die Bearbeitung der Vormundschaftssachen, Nachlaßsachen, Lehns-, Fa-

§ 202. Während der Ferien werden nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen.

Feriensachen sind:

1. Strafsachen;
2. Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen;
3. Meß- und Marktsachen;
4. Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;
5. Wechselsachen;
6. Bausachen, wenn über Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird.

Das Gericht kann auf Antrag auch andere Sachen, soweit sie besonderer Beschleunigung bedürfen, als Feriensachen bezeichnen. Die gleiche Befugniß hat vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts der Vorsitzende.

Entw. § 165. Mot. S. 207, 208. Prot. S. 68–70, 697.

---

milienfideikommiß- und Stiftungssachen kann während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfniß einer Beschleunigung nicht vorhanden ist.

Im Uebrigen finden die Vorschriften der §§ 202—204 des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes hinsichtlich der durch dieses Gesetz den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Angelegenheiten, sowie hinsichtlich der zur Zuständigkeit des Geheimen Justizraths gehörigen Angelegenheiten entsprechende Anwendung."

Unberührt bleiben die (stets zu den schleunigen Sachen gehörenden) Sachen, für welche die Rheinschifffahrts- und Elbzollgerichte zuständig sind, ferner die Sachen der Gewerbegerichte und der Auseinandersetzungsbehörden. (Vgl. Mot. d. Ges.-Entw. S. 86; Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 59.)

§ 201.

Die Ausdehnung der Gerichtsferien bis zum 15. September (d. h. einschließlich dieses Tages — s. Seuffert CPO. § 201 Anm. 1, Wilm. Levy CPO. § 201 Anm. 2, Gaupp I S. 512 u. A.), anstatt, wie der Entw. wollte, bis zum 31. August, ist von der RTK. auf Antrag der Abg. Lieber und Gen. beschlossen und auch in zweiter Lesung gegen mehrseitigen Widerspruch aufrecht erhalten.

§ 202.

1) Abs. 1: Hierin liegt, abgesehen von CPO. § 201, die einzige Wirkung der Gerichtsferien (vgl. § 204). Nicht bloß die Parteien haben ein Recht auf die Ferien, sondern auch das Gericht (vgl. Alexander-Katz a. a. O. S. 505, Planck I S. 164). Wird die Bestimmung jedoch von diesem, abgesehen von Abs. 3, nicht befolgt, erscheinen die Parteien aber gleichwohl in dem anberaumten Termine, ohne den Verstoß zu rügen, so kann auf letzteren eine Anfechtung nicht gegründet werden (s. CPO. § 267); dagegen kann gegen eine ausbleibende oder nicht verhandelnde Partei ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden. Die in Widerspruch mit Abs. 1 geschehene Verkündung einer Entscheidung ist aber nicht wirkungslos (A. M. Hauck S. 129) und ebensowenig die Zustellung; das Urtheil ist vielmehr mittels Einspruchs bzw. Berufung oder Revision anzugreifen. (So auch Wilm. Levy Anm. 1, Planck a. a. O.) Für nur instruktionell erachtet den Abs. 1 Gaupp I S. 512; unentschieden lassen die Frage Endemann I S. 187, 188, Keller S. 235 u. Thilo S. 273.) Wegen des Einflusses der Gerichtsferien auf den Fristenlauf s. CPO. § 201.

— „nur in Feriensachen" — „Feriensachen" sind solche Sachen, für welche die Gerichtsferien ohne Einfluß sind (vgl. Abs. 2, 3 u. § 204). Inwiefern dieselben innerhalb der

§ 203. Zur Erledigung der Feriensachen können bei den Landgerichten Ferienkammern, bei den Oberlandesgerichten und dem Reichsgerichte Feriensenate gebildet werden.

Entw. – **Mot.** – **Prot. S. 70.**

Ferien erledigt werden müssen, ist nicht lediglich Sache des Reglements, wie in der RTK. von einer Seite gemeint wurde. Die Parteien haben vielmehr ein Recht darauf, daß diese Sachen so behandelt werden, als wenn es keine Gerichtsferien gäbe.

„Entscheidungen" — Der Ausdruck ist hier in einem engeren Sinne als in CPO. § 146 Nr. 5 gemeint (vgl. auch CPO. § 294 Anm. 1); er umfaßt nicht die prozeßleitenden Verfügungen (vgl. Wach, Vortr. S. 77), wohl aber an sich auch die des Gerichtsschreibers; indessen darf dieser die Ertheilung der Vollstreckungsklausel nicht während der Ferien ablehnen (vgl. § 204, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 39 Nr. 170). Auch auf Terminsbestimmungen beziehen sich die Ferien nicht, wie in der RTK. vom Reg.-Vertreter bestätigt ist (s. Prot. S. 697, Planck I S. 164).

Wegen der Zustellungen vgl. CPO. § 171 Anm. 5.

2) Abs. 2 Nr. 1: Ein Antrag, statt „Strafsachen" zu setzen: „Haft- und Vollstreckungssachen", ist von der RTK. abgelehnt.

Nr. 2: vgl. CPO. §§ 796—822. Auch die Frist des § 806 gehört zum Arrestverfahren (vgl. Alexander-Katz a. a. O. S. 507 Anm. 23).

Nr. 3: vgl. CPO. §§ 30, 194, 234, 459; WO. Art. 4 Nr. 4, 35.

Nr. 4: Die Fassung des Entw.: „wegen Uebergabe oder Räumung eines Miethsgelasses" ist von der RTK., wie geschehen, geändert, um die Uebereinstimmung mit § 23 Nr. 2 herzustellen. Vgl. das. Anm. 5.

Nr. 5: vgl. § 101 Nr. 2, CPO. §§ 565—567, 648 Nr. 4, 837. Ob im Wechselprozesse geklagt worden, ist unerheblich. (So auch Wilm. Levy Anm. 2. A. M. Thilo S. 273.)

Nr. 6: Diese Sachen, eine Kategorie des schleunigen Verfahrens im früheren preußischen Prozesse (Verordn. v. 21. Juli 1846 §§ 13 Nr. 7, 14, 27 ꝛc.), sind in der CPO. nicht besonders ausgezeichnet.

3) Abs. 3: — „auf Antrag" — Dieses Erforderniß ist von der RTK. auf Antrag des Abg. v. Puttkamer im Interesse der Parteien und der Anwälte hinzugefügt. Der Antrag kann vor den Ferien und während derselben gestellt werden. Gegen den ablehnenden Beschluß findet Beschwerde statt (CPO. § 530).

Inwiefern eine andere Sache als die in Nr. 1—6 bezeichneten Sachen besonderer Beschleunigung bedarf, ist nach richterlichem Ermessen zu beurtheilen.

— „als Feriensachen bezeichnen" — d. h. ausdrücklich, nicht bloß durch die Ansetzung des Termins während der Ferien (vgl. Anm. 1).

4) Dem Vorsitzenden war in dem Entw. die gleiche Befugniß wie dem Gerichte ertheilt. Schon von dem Reg.-Vertreter dahin erläutert, daß das Gericht an die Terminsbestimmung des Vorsitzenden nicht gebunden sei, sondern auf Antrag die Aussetzung bis nach den Ferien beschließen dürfe, wurde die Fassung von der RTK., wie geschehen, geändert. Selbst ohne Antrag wird danach das Gericht die Vertagung (CPO. § 90 Anm. 2) auf einen Tag nach den Ferien beschließen können (vgl. das. § 206). [So auch Endemann I S. 189, Wilm. Levy Anm. 4 u. A.] Vorausgesetzt ist im Satz 2, daß der Vorsitzende überhaupt als solcher eine Thätigkeit auszuüben hat, z. B. hinsichtlich der Terminsbestimmung (CPO. §§ 193, 233; Keller S. 235).

§ 203.

1) Der Paragraph ist von der RTK. auf Antrag des Abg. Struckmann aufgenommen. Die Geschäftsvertheilung (§§ 61—66, 121, 133) wird durch die Bildung derartiger Ferienabtheilungen, welche der Landesjustizverwaltung anheimfällt, von dieser aber auch, gleich den

§ 204. Auf das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren und das Konkursverfahren sind die Ferien ohne Einfluß.

Entw. § 166. Mot. S. 208. Prot. S. 70, 71.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 27. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

übrigen der Landesjustizverwaltung im GVG. beigelegten Befugnissen, delegirt werden kann, dergestalt modifizirt, daß den Ferienabtheilungen die Feriensachen ohne Weiteres zufallen. Auch wenn mehrere Abtheilungen gebildet sind, kommen in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung nicht die angeführten ganz positiven Vorschriften auf sie zur Anwendung, sondern der Landesjustizverwaltung bleibt die Anordnung überlassen, in welcher Weise die Geschäfte unter sie zu vertheilen sind. (So auch Thilo S. 275. A. M.: Hauck S. 225, Keller S. 190, 236, Endemann I S. 190, Gaupp I S. 513, Wilm. Levy Anm. 1.) Auf demselben Gedanken beruht Preuß. AG. z. GVG. §§ 38 Abs. 3, 48 Abs. 3.

„Für Einberufungen, welche während der Gerichtsferien erfolgen, ist die für das Geschäftsjahr festgestellte Reihenfolge nicht maßgebend."

2) Auch die Fortsetzung schwebender Sachen ist selbstverständlich, sofern dieselben zu den in § 202 Abs. 2 bezeichneten gehören, in die Ferienabtheilung zu verweisen. Nach Beendigung der Ferien gehen die noch nicht vollständig erledigten Sachen an die regelmäßige Abtheilung (Senat, Kammer) zurück.

3) Hinsichtlich des Feriensenats beim Reichsgericht s. Geschäftsordn. § 26, wonach ein solcher aus 10 vom Präsidium zu bestimmenden Mitgliedern gebildet wird. Den Vorsitz führt der anwesende Präsident oder Senatspräsident, im Verhinderungsfalle der älteste Rath.

§ 204.

1) — „das Mahnverfahren" — ist auf Antrag des Abg. Grimm von der RTK. hinzugefügt (vgl. CPO. §§ 628 ff). Das Verfahren bzw. die Ladungsfrist des § 636 Abs. 2 liegt außerhalb des Mahnverfahrens, und ebensowenig ist dazu die in § 637 bestimmte Frist zu rechnen, da sie die Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren betrifft (vgl. CPO. § 637 Anm. 1 a. E., Petersen CPO. § 201 Nr. 2 a. E. A. M. jetzt Wilm. Levy Anm. 1).

2) — „das Zwangsvollstreckungsverfahren" — gleichviel ob die betreffende Handlung dem Gerichtsvollzieher oder dem Gerichte bzw. dem Gerichtsschreiber (s. § 202 Anm. 1) obliegt. [Die hinsichtlich der Sonntage und allgemeinen Feiertage geltenden Beschränkungen (vgl. CPO. § 681) finden nicht auch auf die Ferien Anwendung.] Dagegen sind die im Wege der Klage zu erledigenden Zwischenstreitigkeiten im Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. z. B. §§ 686, 690, 710) keine Feriensachen.

3) — „das Konkursverfahren" — Hieraus geht hervor, daß im Uebrigen das GVG. auf das Konkursverfahren Anwendung findet und die KO. zu den „Prozeßordnungen" gehört (vgl. § 24 Anm. 2), wie in der RTK. auf Anfrage von dem Reg.-Vertreter Hagens bestätigt wurde.

Einführungsgesetz

zum

Gerichtsverfassungsgesetze.

Vom 27. Januar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1. Das Gerichtsverfassungsgesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs an einem durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths festzusetzenden Tage, spätestens am 1. Oktober 1879, gleichzeitig mit der im §. 2 des Einführungsgesetzes der Civilprozeßordnung vorgesehenen Gebührenordnung in Kraft.

Entw. § 1. Mot. S. 208. Prot. S. 433, 747, 748; 170. Sitzg. S. 15, 16. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sitzg. 1876 S. 357–366, 921–923.

§ 2. Die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung.

Entw. § 2. Mot. S. 208. Prot. 433.

---

§ 1.

1) Während der Entwurf den Zeitpunkt offen ließ, mit welchem das GVG. in Kraft treten sollte, und der Bundesrath denselben Kaiserlicher Verordnung vorbehalten wollte, nahm die RTK. eine Bestimmung dahin auf, daß dasselbe am 1. April 1879 in Kraft zu treten habe. Vom Reichstage wurde sodann in dritter Lesung der im jetzigen § 1 enthaltene Kompromißvorschlag der Abg. Miquél und Gen. angenommen. Darnach ist gesetzlich der 1. Oktober 1879 als äußerster Termin des Inkrafttretens festgesetzt, jedoch unter der Voraussetzung, daß die Gebühren-Ordnung (über das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten — s. d. Anm. zu § 2 d. EG. z. CPO.) gleichzeitig in Kraft trete. Diese Voraussetzung ist eingetreten (vgl. EG. z. CPO. § 2 Anm. 2).

Gleichzeitig mit dem GVG. haben die CPO. (§ 1 des EG. z. CPO.), die StrPO. (§ 1 des EG. z. StrPO.) und die KO. (§ 1 des EG. z. KO.), die RAO. (RAO. § 103), das GKG. (GKG. § 102), die GO. f. GV. (das. § 26), die GO. f. Z. u. S. (das. § 18), die GO. f. RA. (das. § 95) und das Ges. v. 16. Juni 1879, betr. den Uebergang von Geschäften auf das Reichsgericht (das. § 3), sowie die bezüglichen Ausführungsgesetze der Einzelstaaten Gesetzeskraft erlangt.

2) — „im ganzen Umfange des Reichs“ — Eine frühere Einführung in einzelnen Staaten war nicht zulässig.

§ 2.

Vgl. GVG §§ 12, 13, Planck I S. 22.

§ 3. Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, kann den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werden. Die Uebertragung darf nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen erfolgen.

Auch kann die Gerichtsbarkeit letzter Instanz in den vorerwähnten Sachen auf Antrag des betreffenden Bundesstaates mit Zustimmung des Bundesraths durch Kaiserliche Verordnung dem Reichsgerichte übertragen werden.

Insoweit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein von den Vorschriften der Civilprozeßordnung abweichendes Verfahren gestattet ist, kann die Zuständigkeit der ordentlichen Landesgerichte durch die Landesgesetzgebung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen bestimmt werden.

Entw. § 3. Mot. S. 209, 210. Prot. S. 433, 434, 748–750.

---

§ 3.

1) Abs. 1: vgl. EG. z. CPO. § 3 Abs. 2.

Die Mot. bemerken:

„Das GVG. §§ 13, 14 läßt für gewisse bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen besondere Gerichte zu. Soweit solche zugelassenen besonderen Gerichte bereits bestehen, bleiben dieselben aufrecht erhalten, soweit sie nicht bestehen, können sie von der Landesgesetzgebung neu eingesetzt werden. Andererseits gehören die betreffenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen vor die ordentlichen Gerichte und es finden die Vorschriften der CPO. und StrPO. auf sie Anwendung. Nach dem EG. z. CPO. § 3 u. z. StrPO. § 3 ist jedoch die Landesgesetzgebung ermächtigt, in solchen Sachen, obgleich dieselben vor die ordentlichen Gerichte gehören, ein von den Bestimmungen der Prozeßordnungen abweichendes Verfahren zu gestatten. Diese Bestimmungen finden ihre nothwendigen Ergänzungen in § 3 Abs. 1 des Entw.

Da die Zuständigkeitsnormen in dem GVG. lediglich mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Prozeßordnungen über das Verfahren geregelt sind und ihre Anwendbarkeit auf ein von den Bestimmungen der Prozeßordnungen abweichendes Verfahren sich nicht übersehen läßt, so darf die Landesgesetzgebung, wenn sie solche Sachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Gerichten beläßt, jedoch ein abweichendes Verfahren vorschreibt, nicht an die im GVG. vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen gebunden sein."

— „besondere Gerichte" — vgl. GVG. §§ 13, 14.

— „übertragen werden" — Die erfolgte Uebertragung kann von der Landesgesetzgebung wieder zurückgenommen werden (vgl. GVG. § 14 Anm. 11). [Zustimmend Wilm. Levy Anm. 1, Hellmann, Lehrb. S. 67. A. M. Endemann I S. 196.]

— „nach anderen — Zuständigkeitsnormen" — d. h. Normen für die sachliche Zuständigkeit; denn nur diese finden sich im GVG. Nach § 3 Abs. 2 d. EG. z. CPO. können übrigens auch die Vorschriften der CPO. über die örtliche Zuständigkeit abgeändert werden, da der Ausdruck „Verfahren" alle prozessualischen Vorschriften umfaßt. (So auch Endemann I S. 198, Thilo S. 278 Anm. 3 u. A.)

Die Uebertragung nach anderen Zuständigkeitsnormen darf auch eintreten, wenn ein von den Prozeßordnungen abweichendes Verfahren (EG. z. CPO. § 3, EG. z. StrPO. § 3) nicht eingeführt wird. (So auch Hauser in s. Zeitschr. IV S. 36 Anm. 18, Thilo a. a. O. A. M. Keller S. 242, welcher mit Unrecht auf die Mot. (s. oben) sich beruft. Letztere heben nur diesen Fall als zwingenden Grund besonders hervor.)

In Bezug auf andere Materien des GVG. darf im Falle des Abs. 1 eine Aenderung nicht eintreten.

2) Abs. 2: Die Landesgesetzgebung allein kann die hier vorgesehene Uebertragung an das Reichsgericht nicht vornehmen. Ob bei dem „Antrag des Bundesstaats" die Landesgesetzgebung mitzuwirken hat, bestimmt sich nach dem inneren Staatsrecht des einzelnen Bundes-

staats. In der RTK. (Prot. S. 434) ist konstatirt worden, daß die Frage, ob dem Reiche gegenüber der Antrag des einzelnen Bundesstaats rechtswirksam sei, ohne Rücksicht darauf, ob die Regierung nach dem Verfassungsrechte ihres Landes der Mitwirkung der Landesvertretung bedarf, hier nicht hat entschieden werden sollen.

3) — „in den vorerwähnten Sachen" — d. h. in denjenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (und Strafsachen), für welche die zugelassenen Sondergerichte entweder wirklich bestellt, oder welche zwar den ordentlichen Landesgerichten, aber in Gemäßheit des Abs. 1 Satz 2 nach anderen als den durch das GVG. vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen oder in Gemäßheit des § 3 Abs. 2 der CPO. unter Anordnung eines abweichenden Verfahrens überwiesen sind. Die Ansicht, daß nur Sachen der ersteren Art (in denen die Sondergerichte wirklich bestellt sind) unter den Abs. 2 fallen, Sachen der letzteren Art dagegen gleich denjenigen, welche nicht allein den ordentlichen Landesgerichten belassen sind, sondern auch nach den regelmäßigen Zuständigkeitsnormen und im ordentlichen Verfahren abgeurtheilt werden, schon kraft Gesetzes, und ohne daß es einer Kaiserlichen Verordnung bedarf, in letzter Instanz an das Reichsgericht gehören (Löwe, StrPO. S. 6), dürfte nicht haltbar sein. Sie widerspricht nicht allein den Mot., in welchen es heißt:

> „Hervorzuheben ist, daß die Bestimmung in Abs. 2 dieses Paragraphen keine Anwendung findet, wenn die Landesgesetzgebung von der Ermächtigung in Betreff solcher Sachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, Ausnahmebestimmungen zu treffen, nicht Gebrauch macht. Werden solche Sachen den ordentlichen Gerichten belassen und auch besondere Vorschriften über das Verfahren und über die Zuständigkeit der Landesgerichte nicht getroffen, so finden auf solche Sachen die Bestimmungen des GVG. und der Prozeßordnungen in vollem Umfange Anwendung und das Reichsgericht bildet die letzte Instanz, ohne das es einer Kaiserlichen Verordnung hierüber bedarf",

sondern sie steht auch mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht in Einklang, da die Worte „in den vorerwähnten Sachen" nur auf die Worte in Abs. 1 „in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind", sich beziehen können, während die hier vertretene Ansicht dem Wortlaute keinenfalls in höherem Maße Gewalt anthut, als jene. Auch ist es für das Reichsgericht keineswegs eine unmögliche oder auch nur besonders schwierige Aufgabe, im einzelnen Falle zur Konstatirung seiner Zuständigkeit die Vorprüfung vorzunehmen, ob etwa in dem betreffenden Staate für die Sachen der vorliegenden Art besondere Vorschriften über das Verfahren usw. ergangen seien. (Ebenso: Keller S. 242 Anm. 3, Endemann I S. 199, Thilo S. 279 Anm. 6.)

Das Reichsgericht entscheidet selbstverständlich in den ihm übertragenen Sachen nach den Normen der CPO. (Hauck S. 224 Anm. 3), soweit nicht landesgesetzlich etwas Anderes bestimmt ist (Abs. 3). Damit ist jedoch der Landesgesetzgebung nicht die — im Abs. 3 nur für das Verfahren vor den ordentlichen Landesgerichten gegebene — Befugniß ertheilt, auch die speziell das Reichsgericht, insbesondere dessen Zuständigkeit betreffenden Bestimmungen zu ändern (Wilm. Levy Anm. 2, Schneider in Gruchot, Beitr. XXV S. 688 ff.; zweifelhaft Endemann I S. 199).

Die Uebertragung hat stattgefunden durch die in Nr. 33 des RGBl. von 1879 (S. 287 ff.) enthaltenen Verordnungen:

Nach den §§ 1, 2 der Verordn., betr. die Uebertragung preußischer Rechtssachen auf das Reichsgericht, v. 26. September 1879 (RGBl. S. 287) ist dem Reichsgerichte die Gerichtsbarkeit letzter Instanz, soweit dieselbe bisher dem Obertribunal zu Berlin zustand, übertragen worden in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nach preußischen Gesetzen in erster Instanz zur Zuständigkeit der Generalkommissionen und der die Stelle derselben vertretenden Spruchkollegien gehören, oder auf welche das preuß. Ges. v. 19. Mai 1851 (GS. S. 383) Anwendung findet [über das Verfahren in diesen Sachen vgl. §§ 67—80 des preuß. Ges. v. 18. Febr. 1880 (GS. S. 59)] und in den zur Zuständigkeit des Geheimen Justizraths gehörigen bürgerlichen Rechts-

§ 4. Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden.

Entw. § 4. Mot. S. 210. Prot. S. 434–437.

---

streitigkeiten (vgl. CPO. § 12 Anm. 2). Die übrigen Verordnungen betreffen hessische Rechtssachen, ferner gewisse Prozesse des Fürsten zu Waldeck und der Mitglieder des Fürstlichen Hauses; endlich ist die bisher dem preußischen Obertribunal zustehende Gerichtsbarkeit letzter Instanz in sachsen-meiningenschen, anhaltischen, schwarzburg-sondershausenschen, schwarzburg-rudolstädtschen, waldeckschen und schaumburg-lippeschen Rechtssachen dem Reichsgericht übertragen.

Nach dem Ges. v. 14. März 1881 (RGBl. S. 37) entscheidet ferner das Reichsgericht in den vereinigten Civilsenaten gewisse Streitfragen zwischen dem Senat und der Bürgerschaft der freien und Hansestadt Hamburg. Vgl. GVG. § 135 Anm. 2.

(Vgl. die Uebersicht in Pfafferoth, Jahrb. d. D. Gerichtsverfassung. Jahrgang 1886 S. 13 ff.)

4) Abs. 3: Derselbe bezieht sich — im Gegensatze zum Abs. 1 — auf diejenigen Sachen, für welche zwar keine Sondergerichte gestattet sind, wohl aber ein besonderes Verfahren vor den ordentlichen Gerichten. Die Mot. bemerken:

„Der dritte Absatz des § 3 berücksichtigt, daß es gewisse bürgerliche Rechtsstreitigkeiten giebt, für welche ein besonderes Verfahren gestattet ist, obgleich für diese Sachen besondere Gerichte nicht zugelassen sind, dieselben also jedenfalls zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehören. Dahin zählen z. B. die Aufgebotssachen, die Streitigkeiten, welche eine Zwangsenteignung betreffen, und das erbschaftliche Liquidationsverfahren (EG. z. CPO. §§ 11, 15). Auch in Betreff dieser Sachen ist zu berücksichtigen, daß die Zuständigkeitsnormen, welche das GVG. aufstellt, im Zusammenhange mit den Vorschriften der Prozeßordnungen stehen und die Anwendbarkeit dieser Normen auf Sachen, welche nach einem abweichenden Verfahren behandelt werden, nicht zu übersehen ist. Der Entwurf gestattet daher der Landesgesetzgebung, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch für diese Sachen nach besonderen Normen zu regeln."

5) Ueber die Anwendbarkeit des GVG. auf die durch die Reichsprozeßordnungen nicht betroffenen Geschäfte der ordentlichen Gerichte vgl. unten §§ 14, 15, 18 und Sydow im civ. Arch. 65 S. 321 ff.

§ 4.

1) Die Mot. bemerken hinsichtlich der Uebertragung anderer Geschäfte auf die Justiz-Behörden:

„Die Bestimmung in § 4 ist eine Konsequenz davon, daß das GVG. nur die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit regelt und sich der Frage gegenüber, ob und welche Geschäfte sonst noch den Justizbehörden zu übertragen sind, indifferent verhält. Der Entwurf beschränkt jedoch die Verwaltungsangelegenheiten, welche den im GVG. geordneten Landesbehörden, d. h. den ordentlichen Gerichten und der Staatsanwaltschaft, übertragen werden können, auf Geschäfte der Justizverwaltung und bringt hierdurch für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit den Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung zum besonderen Ausdruck. Durch die Bestimmung des Entwurfs ist übrigens nicht ausgeschlossen, daß auch andere Verwaltungssachen zwar nicht den Justizbehörden als solchen, wohl aber Mitgliedern dieser Behörden ausnahmsweise übertragen werden können."

2) — „jede andere Art der Gerichtsbarkeit" — d. h., da das GVG. nur die ordentliche streitige regelt (vgl. § 2), jede Art der nicht streitigen Gerichtsbarkeit sowie der streitigen Sondergerichtsbarkeit.

„Geschäfte der Justizverwaltung" — mithin nicht sonstige Verwaltungsgeschäfte (vgl. Satz 2 und die Mot. in Anm. 1). Eine Begriffsbestimmung der Justizverwaltungsgeschäfte

§ 5. In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Entw. § 5. Mot. S. 210, 211. Prot. S. 437—440.

---

ist in dem GVG. nicht gegeben. Nach dem regelmäßigen Sprachgebrauche (vgl. Hauser a. a. O. IV S. 49) werden darunter alle Geschäfte zu verstehen sein, welche, ohne in das Gebiet der eigentlichen Gerichtsbarkeit (streitigen oder nicht streitigen) zu fallen, zur Handhabung der Rechtspflege erforderlich sind, mithin auch rein äußerliche, wie die Aufsicht über die Justizgebäude, die Anschaffung des nothwendigen Inventars, der Schreibmaterialien usw. (vgl. auch die Aeußerungen der Abg. v. Puttkamer und Lasker in der RTK.; Prot. S. 437). Die nähere Bestimmung fällt der Landesgesetzgebung anheim (s. Planck I S. 33).

3) Auch den Oberlandesgerichten können Geschäfte nicht streitiger Gerichtsbarkeit, z. B. Lehns- und Fideikommißsachen, übertragen werden. Vgl. z. B. Preuß. AG. z. GVG. § 49 Nr. 1, 2, Pfafferoth, Jahrb. S. 11. Ein entgegenstehender Antrag ist von der RTK. abgelehnt worden.

4) Der zweite Satz, zu dessen Gunsten der beantragte abstraktere Satz „Die Rechtspflege wird von der Verwaltung getrennt" von dem Abg. Struckmann zurückgezogen wurde, ist auf Antrag des Abg. Wolffson von der RTK. angenommen worden, um dem bereits in den Mot. zur Anerkennung gelangten Grundsatze der Trennung der Justiz von der Verwaltung einen deutlichen Ausdruck zu geben. Auch durch diesen Satz ist, wie die Worte „den ordentlichen Gerichten" klar ergeben, und der Antragsteller, ohne Widerspruch zu finden, ausdrücklich erklärt hat, nicht ausgeschlossen, daß einzelnen Richterbeamten ausnahmsweise auch andere Verwaltungssachen übertragen werden können. Ob und wie weit solches zulässig ist, richtet sich mithin — abgesehen von den Mitgliedern des Reichsgerichts, auf welche § 16 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) Anwendung findet — lediglich nach dem Rechte des einzelnen Landes. Vgl. GVG. § 7 Anm. 2.

5) In Preußen ist von der Befugniß, den Gerichten (und Staatsanwaltschaften) andere Arten der Gerichtsbarkeit sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen, ein ausgiebiger Gebrauch gemacht worden. Bezüglich der anderen Arten der Gerichtsbarkeit vgl. GVG. §§ 24 Anm. 3, 70 Anm. 3, 123 Anm. 5, 6. Die Geschäfte der Justizverwaltung regelt das AG. z. GVG. im zwölften Titel: „Justizverwaltung"; die Vorstände der Gerichte und der Staatsanwaltschaften sind nach näherer Bestimmung des Justizministers Organe desselben bei den Geschäften der Justizverwaltung. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 51 ff.)

§ 5.

1) Der § 5 entspricht dem § 5 des EG. z. CPO. (und dem § 4 des EG. z. StrPO.). Die Bedeutung liegt hauptsächlich in der Sondergerichtsbarkeit und dem privilegirten Gerichtsstande für die Landesherren usw. Ueber die Aufhebung von hierher gehörigen Beschränkungen des Rechtswegs vgl. EG. z. CPO. § 5 Anm. 2.

2) Die Fassung des § 5 ergiebt, wie auch die Mot. hervorheben, daß nicht nur die bestehenden besonderen Vorschriften aufrecht erhalten bleiben, sondern auch neue Bestimmungen in dieser Beziehung getroffen werden können. Ob es bei neuen hausgesetzlichen Bestimmungen dieser Art der Mitwirkung der Landesvertretung bedarf, richtet sich nach dem inneren Staatsrecht des betreffenden Landes (s. d. Erklärungen d. Regierungsvertreters v. Amsberg in der RTK. — Prot. S. 440).

3) Der Vorbehalt des § 5 bezieht sich überhaupt nur auf deutsche Landesherren und deren Familien und sichert auch diesen, wie die Mot. ausdrücklich bemerken, ihre Privilegien nur im eigenen Lande. (Vgl. §§ 18—21 Anm. 3, CPO. § 12 Anm. 2, EG. z. CPO. § 5 Anm. 1, RG. XII S. 428, Planck I S. 45, Thilo S. 282, Gaupp, CPO. III S. 590 u. A. A. M.:

§ 6. Unberührt bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Schwurgerichte für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen.

§ 7. Die Militärgerichtsbarkeit, sowie das landesgesetzlich den Standesherren gewährte Recht auf Austräge werden durch das Gerichtsverfassungsgesetz nicht berührt.

Entw. § 6. Mot. S. 211, 212. Prot. S. 440, 441.

§ 8. Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden Revisionen und Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem obersten Landesgerichte zugewiesen werden.

Laband, Staatsr. d. d. Reichs III 2 S. 41, Thudichum in Hirth u. Seydel, Ann. 1885 S. 320 ff., welche die Wirksamkeit der vorbehaltenen Rechtsquellen auf das ganze Reich ausdehnen wollen.)

4) Bezüglich des Verhältnisses der Fürstlichen Familie Hohenzollern heißt es in den Mot.:

„Der Fürstl. Familie Hohenzollern ist durch den Accessionsvertrag vom 7. Dez. 1849, welcher durch das Preußische Gesetz vom 12. März 1850 bestätigt ist, der bisherige Rang und eine ihren verwandtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen zum Königl. Preußischen Hofe entsprechende bevorzugte Stellung zugesichert. In den seit jener Zeit ergangenen Preuß. Gesetzen, welche die Privilegien der landesherrlichen Familie aufrecht erhalten, ist neben den Mitgliedern der landesherrlichen Familie des Fürstenhauses Hohenzollern noch besonders gedacht (z. B. Ges. v. 26. April 1851 Art. III, Verordn. v. 26. Juni 1867 über die Gerichtsverfassung in Schleswig-Holstein § 7, in Hessen § 26 und in Nassau § 25). Dem entsprechend hat der Entwurf die beabsichtigte Aufrechterhaltung der für die Fürstl. Familie Hohenzollern bestehenden Exemtionen besonders zum Ausdruck gebracht."

5) Der privilegirte Gerichtsstand der Standesherren in Sachen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit ist aufgehoben (GVG. §§ 18—21 Anm. 3, CPO. § 12 Anm. 2, EG. z. CPO. § 5 Anm. 3). Wegen des Rechts derselben auf Austräge vgl. jedoch § 7 Anm. 2.

§ 7.

1) Die Militärgerichtsbarkeit bezieht sich nach § 39 Abs. 1 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45) auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nicht. Wegen Aufrechthaltung einzelner auf den Mobilmachungsfall sich beziehenden landesgesetzlichen Vorschriften (§ 39 Abs. 3 das.) vgl. EG. z. CPO. § 13 Anm. 3. Vgl. für Preußen noch AG. z. GVG. §§ 110, 111.

2) Das Recht der Standesherren, d. h. der Häupter der Familien der mittelbar gewordenen, vormals reichsständischen deutschen Reichsfürsten und Grafen (vgl. v. Rönne, Staatsrecht d. D. Reichs 2. Aufl. II 2 S. 22 Anm. 2), auf Austräge beschränkt sich, wo es landesgesetzlich besteht, auf Strafsachen (vgl. Deutsche Bundesakte v. 18. Juni 1815 Art. XIV). Neu eingeführt oder erweitert werden darf dieses Recht nicht, da nur das landesgesetzlich gewährte Recht unberührt bleiben soll. In Bezug auf Preußen vgl. Ges. v. 10. Juni 1854 (GS. S. 363), Verordn. v. 12. Nov. 1855 §§ 1—3 (GS. S. 688), Instruktion v. 30. Mai 1820 § 17 (GS. S. 81).

§ 8.

1) Der § 8 bezieht sich nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten (vgl. auch GVG. § 160 Anm. 1).

Derselbe findet nach § 1 des Ges. v. 11. April 1877 über den Sitz des Reichsgerichts (RGBl. S. 415) auf das Königreich Sachsen keine Anwendung.

2) Abs. 1: „Durch die Gesetzgebung" — also nur durch ein unter Zustimmung sämmtlicher gesetzgebenden Faktoren des betreffenden Bundesstaates zu Stande gekommenes Gesetz kann die Zuweisung der im Abs. 1 bezeichneten Revisionen und Beschwerden an ein oberstes Lan-

Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts gehören oder durch besondere Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen werden, keine Anwendung.

Entw. § 7. Mot. S. 24–26, 212. Prot. S. 447–464.

---

desgericht herbeigeführt werden. Kommt ein solches Gesetz nicht zu Stande, so bleibt es bei der Regel des § 135 des GVG.

Nur Bayern hat von dieser Befugniß Gebrauch gemacht. Vgl. das Bayerische AG. z. GVG. v. 23. Febr. 1879 Art. 42 ff. (Gesetz- u. Verordnungsbl. S. 273) und K. Verordn. v. 2. April 1879 (JMBl. S. 112), Pfafferoth, Jahrb. S. 11, 12. Das bayerische Oberste Landesgericht entscheidet auch über die weitere Beschwerde in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege nach Maßgabe der Art. 62—67 d. AG. z. CPO. u. KO. usw.

3) Abs. 2 enthält eine wesentliche Beschränkung des Abs. 1. Auf den Unterschied von dem Grundsatze des § 511 der CPO. weisen die Mot. mit den Worten hin (S. 25):

„Durch die weitere Vorschrift (des Abs. 2) wird die prinzipielle Zuständigkeit des Reichsgerichts in Fragen des Reichsrechts gewahrt, wenigstens insoweit, als nicht eine Modifikation des Prinzips im Interesse der Rechtspflege unabweisbar ist. Nach der CPO. (§ 511) ist für die Zulässigkeit der Revision die Art der verletzten Rechtsnorm maßgebend. Dieses Kriterium mußte für die Abgrenzung der Zuständigkeit des Reichsgerichts und der obersten Landesgerichtshöfe fallen gelassen werden, da die Entscheidung der meisten Rechtsfälle nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Bestimmungen der Reichsgesetze und des im betreffenden Falle sonst zur Anwendung kommenden Rechts möglich ist und ein Auseinanderreißen zusammenhängender und zusammengehöriger Fragen für die Entwickelung und Anwendung sowohl der Reichsgesetze als der Landrechtssysteme von den nachtheiligsten Folgen sein würde.

In dem EG. § 8 Abs. 2 wird daher das Kriterium für die Scheidung der Kompetenz in die Rechtssache gelegt und die Bestimmung getroffen,

daß alle Sachen, welche zur Zeit schon zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichts gehören oder durch besondere zukünftige Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen werden, dem Reichsgerichte verbleiben.

Freilich kann auf diesem Wege die Einheit der Anwendung der Reichsprozeßgesetze möglicher Weise Eintrag erleiden. Indessen ist zu erwägen, daß die Rechtseinheit ihre Bedeutung doch zunächst in dem materiellen Rechte hat, daß für die einheitliche Anwendung des Reichsprozeßrechts die Rechtswissenschaft die wesentlichsten Dienste zu leisten vermag, und daß der Vortheil, vorerst und bis durch das künftige Reichscivilgesetzbuch eine größere Klarheit für die vorliegende Frage gewonnen sein wird, das oberste Reichsgericht nicht über die Gebühr zu belasten und dadurch seiner großen Aufgabe und Bedeutung nicht zu entfremden, höher anzuschlagen ist, als der, auch in Bezug auf das Prozeßrecht die Einheit der Rechtsprechung schon jetzt ausschließlich durch das Reichsgericht vermitteln zu lassen.

Anträge, welche bezweckten, die Scheidung der Zuständigkeit in die Art der verletzten Rechtsnorm zu verlegen, wurden von der RTK. abgelehnt.

4) — „gehören“ — d. h. zur Zeit des Uebergangs des Reichs-Oberhandelsgerichts an das Reichsgericht, wie ein Vertreter der Bundesregierungen auf Anfrage in der RTK. erklärte, mithin einschließlich derjenigen Sachen, welche auf Grund landesgesetzlicher Bestimmungen [vgl. § 13 Abs. 2 des Ges. v. 12. Juni 1869, betr. die Errichtung eines obersten Gerichtshofes in Handelssachen (BGBl. S. 201)] derzeit zur Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts gehörten.

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geregelt haben, sind außer dem Gesetze über die Errichtung des Bundes-Oberhandelsgerichts selbst folgende: Ges. v. 12. Juni 1869 §§ 13—15; Ges. v. 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei § 2 (BGBl. S. 313); Ges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken, § 32 (BGBl. S. 339); Ges. v. 22. April 1871, betr. die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern, § 3 (RGBl. S. 88); Ges. v. 7. Juni 1871, betr. die Verbind-

§ 9. Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gehörenden Revisionen und Beschwerden in Strafsachen ausschließlich einem der mehreren Oberlandesgerichte zugewiesen werden.

Entw. § 8. Mot. S. 212. Prot. S. 441—446, 750—752.

§ 10. Die allgemeinen, sowie die in den §§. 126, 132, 133, 134, 137, 139, 140, 183 Abs. 1 enthaltenen besonderen Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden auf die obersten Landesgerichte als Behörden der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung.

Entw. § 9. Mot. S. 212. Prot. S. 464.

---

lichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken &c. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, § 10 (RGBl. S. 209); Ges. v. 14. Juni 1871, betr. die Bestellung des Bundes-Oberhandelsgerichts zum obersten Gerichtshof für Elsaß-Lothringen (RGBl. S. 315); Ges. v. 31. März 1873, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, §§ 152, 153 (RGBl. S. 89); Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 § 44 (RGBl. S. 82); Ges. v. 30. Nov. 1874 über den Markenschutz § 19 (RGBl. S. 143); Bankgesetz v. 14. März 1875 § 50 (RGBl. S. 177); Ges. v. 9. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, § 16 (RGBl. S. 4); Ges. v. 10. Jan. 1876, betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung, § 9 (RGBl. S. 8); Ges. v. 11. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, § 14 (RGBl. S. 11); Patentgesetz v. 25. Mai 1877 §§ 32, 37 (RGBl. S. 501). [Ueber das Berufungsverfahren in Patentsachen beim ROHG. vgl. Kais. Verordn. v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 90).]

— „durch besondere Reichsgesetze" — nicht durch Kaiserliche Verordnung (§§ 1, 3 Abs. 2, 15, 17); vgl. GVG. § 135 Anm. 2, Ges. v. 16. Juni 1879 § 1 (RGBl. S. 157). Ein hier einschlagendes Reichsgesetz ist das Ges., betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, in der Fassung v. 3. Juni 1885 (RGBl. S. 179) § 32.

5) Ist in Folge einer Klagenhäufung oder einer Widerklage über eine der im Abs. 1 und eine der im Abs. 2 bezeichneten Rechtsstreitigkeiten durch ein Erkenntniß zu entscheiden, so ist nach dem die Zuständigkeit des ROHG. bestimmenden und deshalb nach Abs. 2 auch hier maßgebenden § 14 des Ges. v. 12. Juni 1869 der höhere Werth der einen oder anderen Sache für die Zuständigkeit maßgebend (Puchelt II S. 779).

6) Wegen der Anwendbarkeit der Vorschriften des GVG. auf die obersten Landesgerichte s. § 10.

§ 9.

Im Gegensatz zum § 8 bezieht sich § 9 nur auf Strafsachen, nachdem ein auf handelsgerichtliche Sachen bezüglicher Passus des Entw. in Wegfall gekommen war.

§ 10.

1) Die Mot. sagen:

„Der Vorbehalt des § 8 darf keine weitere Tragweite haben, als im Interesse der einheitlichen Rechtsprechung in dem betreffenden Bundesstaate nothwendig ist. Die Einheit des Verfahrens für das ganze Reich muß gewahrt bleiben, und es muß ausgesprochen werden, daß die mit dem Verfahren im engsten Zusammenhange stehenden Vorschriften des GVG. und die besonderen, das Reichsgericht betreffenden Vorschriften, soweit dieselben in Betracht kommen können, auf die obersten Landesgerichte als Behörden der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung finden."

2) Die „allgemeinen Vorschriften des GVG." sind die in den Tit. 1, 2, 11—17 enthaltenen Bestimmungen, welche sich zur Anwendung für alle ordentlichen Gerichte eignen; die besonders angeführten Paragraphen sind solche, welche sich speziell auf das Reichsgericht beziehen.

3) Daß die Vorschriften der CPO. auf das Verfahren vor den obersten Landesgerichten

§ 11. Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die Verfolgung der Beamten entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist, mit der Maßgabe:

1. daß die Vorentscheidung auf die Feststellung beschränkt ist, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe;
2. daß in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den anderen Bundesstaaten dem Reichsgerichte zusteht.

Entw. d. EG. z. StrPO. § 6 Nr. 2. Mot. z. StrPO. S. 267. Prot. z. StrPO. S. 760–766, 1110, 1111. Komm.-Ber. z. GVG. S. 79, 80. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sess. 1876 S. 851, 852, 862, 870, 878–880, 925–936.

Anwendung finden, folgt aus § 3 Abs. 1 des EG. z. CPO., da die obersten Landesgerichte, soweit sie an die Stelle des Reichsgerichts treten, nach ausdrücklicher Bestimmung des § 10 Behörden der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind. Die wenigen Modifikationen s. im EG. z. CPO. §§ 7, 8.

§ 11.

1) In dem Entw. d. EG. z. StrPO. § 6 fand sich die Bestimmung:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Bestimmungen:

— —

2) über die Voraussetzungen, unter welchen die Strafverfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen stattfindet."

Die RTK. beschloß, statt dieser Bestimmung die Aufnahme des nachstehenden Paragraphen in das EG. z. GVG.:

„Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen im Wege des Straf- oder Civilprozesses an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft",

welchen sie ungeachtet des Widerstandes der Bundesregierungen aufrecht hielt. Auch der Reichstag nahm denselben unverändert an, beschloß aber in dritter Lesung in Folge des sog. „Kompromisses", bei welchem die hier in Rede stehende Frage einen der hauptsächlichsten Punkte bildete, die Annahme in jetziger Gestalt.

2) Der Paragraph richtet sich gegen die früher in Bayern, Baden, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen bestehende, aus dem franz. Rechte stammende Einrichtung, wonach die Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen in größerem oder geringerem Umfange an die vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde geknüpft ist, sowie gegen das preußische Ges. v. 13. Febr. 1854, betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen (GS. S. 86), welches der vorgesetzten Behörde eines Beamten, gegen den wegen einer in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amts vorgenommenen Handlung oder wegen Unterlassung einer Amtshandlung eine gerichtliche Verfolgung im Wege des Civil- oder Strafprozesses eingeleitet worden ist, die Befugniß beilegt, den Konflikt bei dem Gerichtshofe zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte zu erheben, und diesen Gerichtshof ermächtigt, den Rechtsweg gegen den Beamten für unzulässig zu erklären, wenn er befindet,

daß demselben eine zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung nicht zur Last falle. [Vgl. über dieses Gesetz: v. Rönne, Preuß. Staatsrecht 4. Aufl. I S. 524 Anm. 4, III S. 571 ff.; Schulze, Preuß. Staatsr. II § 275 S. 852 ff.; R. Koch in Gruchot, Beitr. V S. 249 ff. u. in der (anonym erschienenen) Schrift: Ueber die Befugniß der ordentlichen Gerichte zur straf- u. civilrechtl. Verfolgung v. Staatsbeamten ꝛc. Von einem Preuß. Richter. Berlin 1868; Oppenhoff, D. Preuß. Gesetze über die Ressort-Verhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden. Berlin 1863 S. 526 ff.; F. Hagens in Schering, Archiv II S. 315 ff.; Stieve in Behrend, Zeitschrift Bd. 3 S. 45 ff.; Lasker in den Deutschen Jahrbüchern Bd. 1 (1861) S. 26 ff.; Hauser in s. Zeitschr. V S. 1 ff.] Wegen Bayern s. besonders Lippmann in Hirth und Seydel, Annalen d. D. Reichs 1885 S. 421 ff.

Die Vorschrift des § 11 gilt auch für die gegen den Staat selbst aus Code civ. art. 1384 erhobenen Klagen (RG. V S. 48).

3) Reichsgesetzliche Bestimmungen des fraglichen Inhalts bestehen nicht; vielmehr ist nach § 13 des Reichsbeamtengesetzes jeder Reichsbeamte für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich (s. auch Hauser a. a. O. S. 29, 30). Die Reichsbehörden können also namentlich nicht den „Konflikt" im Sinne des Anm. 2 angef. Gesetzes erheben (Entsch. des preuß. Ob. Verw.-Ger. Bd. 11 (1885) S. 403). [In der Literatur des allgemeinen Staatsrechts ist die Frage kontrovers (s. die Anm. 2 angeführte Schrift „Ueber die Befugniß ꝛc." S. 11—14). Ueber franz. u. engl. Recht s. das. S. 14—17, 58—60.]

4) Der Abs. 1 stellt als Grundsatz auf, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen ihrer Amtshandlungen an besondere Voraussetzungen knüpfen, außer Kraft treten, der Abs. 2 läßt aber ausnahmsweise die Vorentscheidung einer besonderen Behörde als besondere Voraussetzung zu, wenn die unter den Nr. 1 und 2 aufgeführten beiden Bedingungen, von denen die eine materieller, die andere organisatorischer Natur ist, erfüllt werden. Demgemäß konnten sowohl die in Bayern, Baden usw., wie die in Preußen bestehenden Einrichtungen mit den in den Nr. 1 und 2 enthaltenen beiden Beschränkungen aufrecht erhalten bleiben. In Preußen ist ein dem Landtage in der Session 1878/79 vorgelegtes Gesetz über diesen Gegenstand nicht zu Stande gekommen und demnach in Gemäßheit der Nr. 2 die Entscheidung ohne Weiteres auf den daselbst bestehenden obersten Verwaltungsgerichtshof (das Oberverwaltungsgericht) übergegangen.

Eine prozeßhindernde Einrede (CPO. § 247 Nr. 2) kann auf das Fehlen der Vorentscheidung, wie in anderen Fällen, in welchen die Zuständigkeit des Gerichts an sich nicht fraglich, aber durch die Vorentscheidung einer anderen Behörde bedingt ist (vgl. GVG. §§ 13 Anm. 3, 14 Anm. 4), von dem betreffenden Beamten gestützt werden (vgl. auch Hauck S. 228, Hauser a. a. O. S. 30, Wilm. Levy Anm. 3), jedoch erst, nachdem dessen vorgesetzte Behörde die Vorentscheidung bei dem obersten Verwaltungsgerichtshofe bzw. beim Reichsgericht beantragt hat. Wegen der Aussetzung durch das Gericht vgl. CPO. § 139.

5) Abs. 1: — „strafrechtliche oder civilrechtliche" — d. h. im Wege des Straf- oder Civilprozesses; eine disziplinarische Verfolgung kommt der Natur der Sache nach hier nicht in Frage.

— „öffentlicher Beamten" — vgl. CPO. §§ 341, 373, StrPO. §§ 53, 76; gleichbedeutend mit „Beamten" im Sinne der §§ 715 Nr. 7, 749 Nr. 8, 791 der CPO. und des § 70 des GVG. Ueber den Begriff vgl. CPO. §§ 341 Anm. 1, 715 Anm. 7, 749 Anm. 10, Endemann I S. 206, II S. 208. Geistliche gehören nicht hierher [s. Entsch. d. preuß. OVG. Bd. 8 (1882) S. 390 ff.]. Eine besondere Begriffsbestimmung der „öffentlichen Beamten" für den vorliegenden Zweck enthält § 6 der in Anm. 8 angef. Mecklenb. Verordn.

— „wegen der — Handlungen" — vgl. GVG. § 70 Abs. 2, § 1 des preuß. Konflikt-

gesetzes; s. auch §§ 130a, 340, 342 d. StrGB. Unter „Handlungen“ fallen hier auch Unterlassungen einer Amtshandlung, welche im Abs. 2 Nr. 1, GVG. § 70 Abs. 2 und in § 1 des gedachten preuß. Gesetzes besonders aufgeführt sind.

— „besondere Voraussetzungen“ — d. h. Voraussetzungen, welche der Verfolgung öffentlicher Beamten wegen Amtshandlungen nach positiven Gesetzesbestimmungen eigenthümlich sind (wie z. B. die vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde oder eine auf Intervention der letzteren eintretende Vorentscheidung einer besonderen Behörde). In Preußen bestehen, abgesehen von dem angef. Gesetz von 1854, dergleichen Vorschriften für den Civilprozeß nicht. Insbesondere enthält § 6 des Ges. v. 11. Mai 1842 (GS. S. 192) eine solche Vorschrift nicht. [Vgl. auch Schulze a. a. O. S. 377, 378, v. Rönne a. a. O. S. 509 Anm. 2, Wilm. Levy Anm. 2 a. E. A. M.: Erk. d. Kompetenzkonflikthofs v. 26. Nov. 1854 (JMBl. S. 23) und v. 8. Febr. 1862 (JMBl. S. 216), Oppenhoff a. a. O. S. 360 Anm. 131 u. S. 526 Anm. 1. Jastrow in Gruchot, Beitr. XXX S. 332 ff. legt zwar den § 6 a. a. O. in gleichem Sinne wie die Letzteren aus, hält aber das Erforderniß der vorgängigen Aufhebung der Verfügung durch die vorgesetzte Dienstbehörde für aufgehoben und die entgegenstehende Vorschrift des § 131 d. Ges. v. 30. Juli 1883 (GS. S. 195) für rechtsungültig.] Aufgehoben ist auch die — nur für den Strafprozeß in Betracht kommende — Nr. 6 der Allerh. Kab. Ordre v. 14. Mai 1825 (GS. S. 149), betr. die Schulzucht in den Provinzen, wo das Allgemeine Landrecht noch nicht eingeführt ist (**RG.** V S. 794).

Allgemeine Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs, über den Begriff einer Justiz- oder Verwaltungssache u. dgl. werden durch § 11 Abs. 1 nicht berührt. Vgl. GVG. § 17 Anm. 3. Hierher gehört auch die Frage, inwiefern die Gerichte zur Entscheidung der Vorfrage über die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zuständig sind. (Vgl. Hauser a. a. O. IV S. 303 ff., Sarwey, D. öffentliche Recht u. d. Verwaltungsrechtspflege S. 309. A. M. Jastrow a. a. O.)

6) Abs. 2: „Unberührt bleiben“ — Nur die zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. bestehenden desfallsigen Vorschriften werden aufrecht erhalten, selbstverständlich mit der Befugniß der betreffenden Bundesstaaten, rücksichtlich derselben, jedoch unter Beobachtung der in den Nr. 1 und 2 enthaltenen Beschränkungen, Aenderungen eintreten zu lassen. Dagegen dürfen solche Vorschriften in denjenigen Bundesstaaten, in welchen sie bisher nicht bestanden, auch mit den in Nr. 1 und 2 getroffenen Maßgaben nicht neu eingeführt werden. (So auch v. Rönne, Staatsrecht des D. Reichs II 2 S. 28. A. M. Zorn, Staatsrecht d. D. Reichs II S. 413.)

— „die Verfolgung“ — sei es die straf- oder die civilrechtliche. Für die strafgerichtliche Verfolgung ist in Bayern das Erforderniß einer Vorentscheidung (des Verwaltungsgerichtshofs) durch d. AG. z. StrPO. v. 18. Aug. 1879 beseitigt. Für die civilrechtliche Verfolgung verneint dasselbe OLG. München bei Lippmann a. a. O. S. 422 ff.

— „entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde“ — wie nach § 1 des preuß. Ges.; s. auch elsaß-lothr. AG. v. 4. Nov. 1878 § 11.

— „oder unbedingt“ — wie nach den Grundsätzen des franz. Rechts (vgl. Dareste, La justice administrative en France. Paris 1862. p. 514 s.).

7) Nr. 1: Im Gegensatz zum § 3 des preuß. Ges., wonach die Vorentscheidung sich darauf erstreckt, ob die in Rede stehende Ueberschreitung der Amtsbefugnisse bzw. Unterlassung der Amtshandlung zur gerichtlichen Verfolgung geeignet sei, also die Zweckmäßigkeitsfrage mit umfaßt (s. die in Anm. 2 angeführte anon. Schrift S. 42 ff., v. Rönne, Preuß. Staatsrecht III S. 575 Anm. 2, 577), hat sich nach der Nr. 1 die Vorentscheidung auf die Rechtsfrage zu beschränken, ob der Beamte in dem fraglichen Falle sich einer Amtsüberschreitung bzw. Unterlassung schuldig gemacht habe. Diese Frage ist aber nach allen Richtungen hin zu prüfen, also namentlich auch nach der, ob überhaupt eine amtliche Handlung vorliegt, andererseits bezüglich der Ueberschreitung der Amtsbefugnisse nicht blos, ob die von dem Beamten ausgeübte

Amtsbefugniß demselben überhaupt zusteht, sondern auch, ob er in dem konkreten Falle davon einen rechtmäßigen Gebrauch gemacht hat, so daß schon bei Verneinung der letzteren Frage der Rechtsweg nicht ausgeschlossen ist (vgl. die Begründung des Antragstellers Miquél, Sten. Ber. a. a. O. S. 925). [Gleicher Ansicht sind Löwe, StrPO. 3. Aufl. S. 15 Anm. 5c u. v. Rönne a. a. O. S. 579 Anm. 2, 3.] Daß die polizeiliche Verfügung, aus welcher der Klaganspruch abgeleitet wird, von der Aufsichtsbehörde oder dem Verwaltungsgericht aufgehoben ist, schließt jene Kognition und die Konfliktserhebung überhaupt nicht aus (s. Entsch. d. preuß. OVG. Bd. 8 S. 408 ff. gegen ein Erk. des Kompetenzkonflikthofs v. 13. Januar 1877 — JMBl. S. 43 ff.).

Wird die Schuldfrage durch die Vorentscheidung verneint, so ist das Gericht durch diese Entscheidung gebunden und jede weitere Verfolgung des Beamten unzulässig. Wird die Frage aber bejaht, so hat dies keine weitere Wirkung, als daß der Rechtsweg eröffnet bzw. wiedereröffnet ist. Die Nothwendigkeit einer Verurtheilung des verfolgten Beamten tritt nicht ein; selbst bezüglich der durch das Urtheil entschiedenen Rechtsfragen ist das ordentliche Gericht in keiner Weise an die Vorentscheidung gebunden (ebenso Miquél a. a. O. S. 935, Hauser a. a. O. S. 31, 32, Lippmann a. a. O. S. 468).

8) Nr. 2: Die Nr. 2 überträgt die Vorentscheidung dem obersten Verwaltungsgerichtshofe in denjenigen Bundesstaaten, in welchen ein solcher „besteht", d. h. zur Zeit des Inkrafttretens des GVG., wie nicht allein der Antragsteller Miquél (a. a. O. S. 925) im Reichstage erläutert hat, sondern auch mit dem Wortlaute des Gesetzes völlig vereinbar ist (vgl. den Ausdruck „bestehen" in gleichem Sinne in den §§ 6 und 17 Abs. 2). Beispiele: Preußen, Württemberg, Baden usw. In denjenigen Bundesstaaten, in welchen etwa später ein oberster Verwaltungsgerichtshof errichtet werden sollte, geht auf diesen die Vorentscheidung nicht über, sondern sie verbleibt dem Reichsgerichte, dem sie zur Zeit des Inkrafttretens des GVG. unzweifelhaft zufiel. [Ebenso v. Schwarze a. a. O. S. 6, Keller S. 256 Anm. 5, Hauck S. 229, Thilo S. 290, Wilm. Levy Anm. 5, v. Rönne, Staatsr. d. D. Reichs II 2 S. 28 Anm. 3. A. M. wegen des Ausdrucks „Unberührt bleiben", welcher anderswo (vgl. z. B. EG. z. CPO. § 15 Anm. 1) auch auf die in Zukunft zu erlassenden Vorschriften sich bezieht: Löwe a. a. O. § 11 Anm. 7, Hauser a. a. O. S. 32, 33, Wach I S. 202, Zorn a. a. O. II S. 413 Anm. 6. Gegen unsere Ansicht und deren Begründung erklärt sich auch v. Amsberg, Verordn. usw. S. 202 ff., mit dessen Meinung § 3 der auf Grund des § 11 erlassenen Mecklenb. Verordn. v. 5. Mai 1879 (das. S. 205 ff.) übereinstimmt.]

9) Das Verfahren zur Herbeiführung der Vorentscheidung ist weder reichsgesetzlich besonders geregelt, noch ist — wie rücksichtlich der Kompetenzkonfliktsbehörden in § 17 Abs. 2 Nr. 3 des GVG. (vgl. auch § 17 Abs. 2 des EG. z. GVG.) — ein Vorbehalt für die Landesgesetzgebung gemacht worden. (Dennoch enthält einen solchen Vorbehalt § 9 der Anm. 8 angef. Mecklenb. Verordn.) Welche Grundsätze in Bezug auf das Verfahren stattfinden, unterliegt daher nicht unerheblichen Zweifeln und hat bereits im Reichstage den Gegenstand einer lebhaften Diskussion gebildet (Sten. Ber. a. a. O. S. 925—935). Während die Antragsteller Miquél und Lasker bestimmt behaupteten, der Sinn des Antrags gehe dahin, daß dasjenige Verfahren, welches überhaupt vor dem obersten Verwaltungsgerichtshofe bzw. dem Reichsgerichte Platz greife, auch für die hier in Rede stehende Entscheidung maßgebend sein solle, wurde von anderen Seiten (Klotz, Hänel) bestritten, daß dem Antrage diese Auslegung gegeben werden könne, und geäußert, in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Festsetzung werde anzunehmen sein, daß die neue Behörde nach dem bisherigen Verfahren zu entscheiden habe, mithin namentlich in Preußen das Oberverwaltungsgericht nach den Vorschriften des Gesetzes v. 13. Febr. 1854. Ebenso sind die Schriftsteller getheilter Meinung (v. Schwarze S. 6 vertritt die erstere Ansicht, desgleichen Wilm. Levy Anm. 5 a. E., Keller S. 258 Anm. 8 und Hauck S. 229 wenigstens hinsichtlich des obersten Verwaltungsgerichtshofes; für die letztere Ansicht sind Löwe a. a. O. § 11 Anm. 8b,

§ 12. Die für Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen über die Gerichtssprache werden durch die Vorschrift des §. 186 des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht berührt.

Entw. — Mot. — Prot. S. 43—45, 752—754.

§ 13. Die Bestimmungen über das Richteramt im §. 8 des Gerichtsverfassungsgesetzes treten in denjenigen Staaten, in welchen Vorschriften für die richterliche Entscheidung über die Enthebung eines Richters vom Amte oder über die Versetzung eines Richters an eine andere Stelle oder in Ruhestand nicht bestehen, nur gleichzeitig mit der landesgesetzlichen Regelung der Disziplinarverhältnisse der Richter in Wirksamkeit.

Entw. — Mot. — Prot. S. 757, 758. Komm.-Ber. S. 9.

Endemann I S. 208, Hauser a. a. O. S. 35, 36 u. v. Rönne a. a. O. S. 29 Anm. 4 (vgl. auch die Mot. des dem Preuß. Landtage in der Session v. 1878/79 vorgelegten Entwurfs eines Ges., betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen — Drucksachen des Herrenhauses Nr. 9 S. 6).

Für die Anwendung des bisherigen Verfahrens spricht, wie sich nicht verkennen läßt, daß deshalb allein, weil an die Stelle der bisher entscheidenden Behörden andere treten, an sich nicht auch auf eine Aenderung des Verfahrens geschlossen werden kann, zumal es denkbar ist und nicht selten vorkommt, daß bei einem und demselben Gerichte für die verschiedenen von ihm zu entscheidenden Gattungen von Rechtssachen verschiedene Verfahrensarten bestehen. Allein auf der anderen Seite kommt in Betracht, daß nach § 11 die Entscheidung großentheils an Stelle von Behörden, welche, wie z. B. die vorgesetzten Dienstbehörden (in Bayern, Baden usw.), reine Verwaltungsbehörden sind und ohne ein eigentlich prozessualisches Verfahren ihre Entscheidung treffen, auf Gerichtshöfe übertragen ist, vor welchen in allen übrigen zu ihrer Zuständigkeit gehörenden Sachen ein genau geordnetes Verfahren besteht, und daß nicht wohl angenommen werden kann, vor diesen, insbesondere vor dem Reichsgerichte, solle in einer mit den sonstigen Prozedurvorschriften derselben in völligem Widerstreit stehenden Weise prozedirt werden. Nimmt man nun hinzu, daß die Antragsteller sich übereinstimmend für die erstere Ansicht erklärt haben und von Seiten der Vertreter der Reichsregierung kein Widerspruch dagegen erfolgt ist, so dürfte diese Ansicht den Vorzug verdienen und mithin anzunehmen sein, daß auf das Verfahren bei der Vorentscheidung die Vorschriften, welche für das regelmäßige Verfahren bei dem betreffenden obersten Verwaltungsgerichtshofe bzw. dem Reichsgerichte gelten, entsprechende Anwendung finden (denn direkt dürften dieselben theilweise nicht passen). Jedenfalls empfiehlt sich für das Verfahren vor dem obersten Verwaltungsgerichtshofe die landesgesetzliche Regelung. In Preußen ist dieselbe durch Ges. v. 2. Aug. 1880 § 83a (GS. S. 315 ff.) dahin bewirkt, daß die fraglichen Vorentscheidungen in dem durch Abs. 4 des § 83 dieses Gesetzes vorgeschriebenen Verfahren erfolgen, für welches im Uebrigen die Vorschriften über das Verwaltungsstreitverfahren entsprechende Anwendung finden. In ähnlicher Weise ist das Verfahren in Bayern durch die Vollzugsvorschriften v. 1. Septbr. 1879 z. Ges. v. 8. Aug. 1878 (Ges. u. Verordn. Bl. 1879 S. 1014 ff.) geordnet (vgl. Lippmann a. a. O. S. 470).

§ 12.

Dieser Paragraph ist auf Antrag des Abg. v. Cuny von der RTK. aufgenommen worden. Die betreffenden Bestimmungen s. in den allg. Bem. z. GVG. Tit. 15 (oben S. 1098).

§ 13.

Der § 13 verdankt seine Entstehung einem auf Antrag des Abg. Marquardsen gefaßten Beschlusse der RTK., welcher durch die in einigen deutschen Staaten, insbesondere in Bayern, bestehenden Einrichtungen veranlaßt war, wonach ein geordnetes Disziplinarverfahren vor richterlichen Behörden nicht besteht.

Vgl. GVG. § 8 Anm. 16.

§ 14. Die am Tage des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes bei dem Reichs-Oberhandelsgerichte anhängigen Sachen gehen in der prozessualischen Lage, in welcher sie sich befinden, auf das Reichsgericht über.

Entw. § 10. Mot. S. 212. Prot. S. 446.

§ 15. Durch Kaiserliche Verordnung kann auf Antrag eines Bundesstaates und mit Zustimmung des Bundesraths die Verhandlung und Entscheidung derjenigen Sachen, welche nach den bisherigen Prozeßgesetzen von dem obersten Landesgerichte zu erledigen gewesen wären, dem Reichsgerichte zugewiesen werden.

Entw. § 11. Mot. S. 212. Prot. S. 464.

---

§§ 14—22.

Die §§ 14—22 enthalten Uebergangsbestimmungen. (Vgl. Wach I S. 216 ff.)

§ 14.

Der § 14 spricht zwar nur von dem am Tage des Inkrafttretens des GVG. beim Reichs-Oberhandelsgerichte anhängigen Sachen; der Grundsatz, daß diese Sachen (in letzter Instanz) an das Reichsgericht übergehen, dürfte aber analog auch auf diejenigen derzeit bei den Landesgerichten anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden sein, welche, wenn sie nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen wären, demnächst an das Reichs-Oberhandelsgericht gelangen würden. Soweit diese Sachen auch nach der CPO. in letzter Instanz zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, ergiebt sich dies freilich aus allgemeinen prozessualischen Bestimmungen; soweit sie aber nach den Vorschriften der CPO. (wegen mangelnder Revisionssumme) nicht an das Reichsgericht gelangen können, ist eine Lücke vorhanden, welche durch analoge Anwendung des § 14 im Geiste der neuen Justizgesetze am richtigsten auszufüllen sein dürfte (vgl. auch Thilo S. 185, Gaupp III S. 616, Wilm. Levy Anm. 1, Löwe a. a. O. S. 17, Sydow im civ. Arch. 65 S. 327, 328, RG. II S. 4, 56, III S. 111 u. A.). Nach dem in § 18 Abs. 1 des EG. z. CPO. aufgestellten Grundsatze wird für die zur Zeit des Inkrafttretens der CPO. bei den Landesgerichten noch anhängigen Prozesse der volle bisherige Instanzenzug aufrecht erhalten; die Landesgesetzgebung kann nach Abs. 2 das. allerdings Beschränkungen in dieser Beziehung eintreten lassen, ist aber nicht verpflichtet dazu. Rücksichtlich derjenigen Sachen ferner, welche nach den früheren Prozeßgesetzen von den obersten Landesgerichten zu erledigen gewesen wären, ist eine Fürsorge in § 15 des EG. z. GVG. getroffen; allein der letztere Paragraph spricht nicht von denjenigen Sachen, welche von dem Reichs-Oberhandelsgerichte zu erledigen gewesen wären. Endlich gewährt auch der § 18 des EG. z. GVG. keine Aushülfe, da er nur von der Substitution der neuen Landesgerichte an Stelle der bisherigen handelt. Es scheint darnach nur die Annahme übrig zu bleiben, daß, sofern die Landesgesetzgebung nicht von dem Vorbehalt des § 18 Abs. 2 des EG. z. CPO. Gebrauch macht, bei den Landesgerichten anhängige Sachen, welche nach den bisherigen Prozeßgesetzen in letzter Instanz von dem Reichs-Oberhandelsgerichte zu erledigen gewesen wären, auch dann an das Reichsgericht zur Verhandlung und Entscheidung in letzter Instanz gelangen sollen, wenn nach der neuen CPO. die Voraussetzungen für die reichsgerichtliche Kompetenz mangeln.

§ 15.

1) Vgl. § 14 Anm. In den Mot. heißt es:

„Der Uebergang der alten in die neue Gerichtsverfassung erzeugt in Folge des Wegfalls der obersten Landesgerichte besondere Schwierigkeiten rücksichtlich derjenigen Rechtssachen, welche nach den bisherigen Prozeßgesetzen von den obersten Landesgerichten zu erledigen sind. In einzelnen Bundesstaaten wird sich die Landesgesetzgebung vielleicht dadurch helfen können, daß sie das oberste Landesgericht für die Uebergangszeit in immer kleiner werdendem Umfange bestehen läßt oder die betreffenden Sachen einem Oberlandesgerichte zuweist. In welchem Umfange aber derartige Einrichtungen zweckmäßig und ausführbar sein werden, läßt sich nicht übersehen, und es ist daher nothwendig, die Aushülfe durch das Reichsgericht in Aussicht zu nehmen."

§ 16. Behufs Erledigung der nach Vorschrift des vorstehenden Paragraphen dem Reichsgerichte zugewiesenen Sachen können mit Zustimmung des Bundesraths durch Kaiserliche Verordnung bei dem Reichsgerichte Hülfssenate eingerichtet werden.

Der Reichskanzler bestimmt die Zusammensetzung der Hülfssenate und die Vertheilung der Geschäfte derselben.

Mit der Wahrnehmung der richterlichen Geschäfte in den Hülfssenaten können nur Mitglieder des Reichsgerichts und Mitglieder der früheren obersten Gerichte oder der Oberlandesgerichte beauftragt werden.

Die Anordnung ist für ein nicht zum Reichsgerichte gehörendes Mitglied bis zu dem Zeitpunkte unwiderruflich, in welchem die Wahrnehmung seiner Thätigkeit in dem Hülfssenate nicht mehr erforderlich ist.

Entw. § 12. Mot. S. 213. Prot. S. 464, 465, 759; 170. Sitzg. S. 17.

§ 17. Auf Antrag eines Bundesstaates und mit Zustimmung des Bundesraths kann durch Kaiserliche Verordnung die Verhandlung und Entscheidung der im §. 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Streitigkeiten dem Reichsgerichte zugewiesen werden.

Für diejenigen Bundesstaaten, in denen die im §. 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Behörden bestehen und nach Maßgabe der Vorschriften im §. 17 Nr. 1—4 einer Veränderung ihrer Einrichtung und des Verfahrens bedürfen, kann die Veränderung, sofern sie nicht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes landesgesetzlich getroffen ist, durch landesherrliche Verordnung eingeführt werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 481—493, 759—763; 170. Sitzg. S. 16, 17. Sten. Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sitzg. S. 936.

— „auf Antrag eines Bundesstaates" — vgl. § 3 Anm. 2.

2) Von der Befugniß des § 15 ist durch die im RGBl. für 1879 Nr. 33 (S. 287 ff.) abgedruckten Kaiserlichen Verordnungen Gebrauch gemacht, für Preußen durch § 3 der Verordn. v. 26. Sept. 1879 (das. S. 287). Vgl. auch Preuß. Ges. v. 31. März 1879, betr. die Uebergangsbestimmungen usw., § 44 (GS. S. 332), Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 226.

§ 16.

1) Abs. 1: Durch Kaiserliche Verordn. v. 27. Sept. 1879 (RGBl. S. 299) wurde die Einrichtung von Hülfssenaten angeordnet. Dieselben (an Zahl drei) sind aber seit dem 1. April 1883 sämmtlich wieder aufgelöst.

2) Durch den Abs. 2 ist die Anwendbarkeit des § 132 des GVG., insoweit sich derselbe auf die Zusammensetzung der Senate (einschließlich der Bestellung der Vorsitzenden) und die Vertheilung der Geschäfte bezieht, rücksichtlich der Hülfssenate für unanwendbar erklärt. Vgl. § 20 Abs. 2.

3) Abs. 3: — „beauftragt" — Eine Ernennung (GVG. §§ 6, 127) findet nicht statt. Es liegt darin eine Abweichung von GVG. § 134. Aus Abs. 2 folgt, daß die Beauftragung durch den Reichskanzler erfolgt. (So auch Wilm. Levy Anm. 2. A. M. Endemann I S. 211, welcher es unentschieden läßt, ob die Berufung nicht vielmehr durch den Kaiser erfolgen muß.)

4) Der Abs. 4 ist von der RTK. aufgenommen worden. In letzterer hat der Vorsitzende ohne Widerspruch konstatirt, daß der Ausdruck „unwiderruflich" bedeuten solle: „nicht ohne Zustimmung des Mitglieds widerruflich." Vgl. auch GVG. § 69 Anm. 5.

§ 17.

1) Der Abs. 1 ist zur Ergänzung des von der RTK. beschlossenen § 17 des GVG. von derselben auf Antrag des Abg. Grimm aufgenommen worden. Eine solche Zuweisung ist für die freie Hansestadt Bremen durch Kaiserliche Verordnung vom 26. Sept. 1879 (RGBl. S. 298) erfolgt. Vgl. auch das § 3 Anm. 3 a. E. angef. Ges. für Hamburg.

§ 18. Die am Tage des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes bei den Landesgerichten anhängigen Sachen können den ordentlichen Landesgerichten ohne Rücksicht auf die im Gerichtsverfassungsgesetze bestimmten Grenzen der Zuständigkeit durch die Landesgesetzgebung zugewiesen werden.

Entw. § 13. Mot. S. 213. Prot. S. 465.

§ 19. Die Mitglieder des Reichs-Oberhandelsgerichts werden durch Kaiserliche Verfügung mit Beibehaltung ihrer Besoldung entweder bei dem Reichsgerichte angestellt oder in den Ruhestand versetzt.

Entw. § 14. Mot. S. 213, 214. Prot. S. 465—467, 763, 764; 170. Sitzg. S. 17. Sten.-Ber. II. Legisl.-Per. 4. Sitzg. 1876 S. 367—372.

§ 20. Bei der ersten Einrichtung der Landgerichte, der Oberlandesgerichte und der bei einem Amtsgerichte gebildeten Strafkammern und während der Dauer des ersten Geschäftsjahres erfolgen die Geschäftsvertheilung und die Bestimmung

---

2) Der Abs. 2 ist, nachdem in der RTK. bereits ähnliche Anträge abgelehnt worden waren, vom Reichstage bei dritter Lesung als Theil des „Kompromisses" angenommen.

Die landesherrliche Verordnung muß sich auf diejenige Veränderung beschränken, welche durch die Vorschriften des § 17 Nr. 1—4 des GVG. nothwendig wird, insofern nicht etwa auch sonstige Aenderungen nach dem inneren Staatsrecht des betreffenden Landes auf anderem als gesetzlichem Wege erfolgen können.

In Preußen ist, nachdem eine gesetzliche Regelung vergeblich versucht worden, die Angelegenheit durch Königliche Verordn. v. 1. August 1879 (GS. S. 573) geregelt. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 521 ff., v. Rönne, Preuß. Staatsrecht I S. 523 ff.)

3) Im Uebrigen vgl. die Anmerkungen zu § 17 des GVG.

§ 18.

Der § 18 ergänzt den § 18 des EG. z. CPO. Vgl. auch § 14 Anm.

„Die Bestimmung des § 18 bezweckt gleichfalls die Verminderung der Schwierigkeiten für die Uebergangszeit.

Für den Fall, daß die Landesgesetzgebung die Erledigung der bei den Landesgerichten anhängigen Sachen den im GVG. vorgeschriebenen ordentlichen Landesgerichten zu überweisen für zweckmäßig erachtet, würde, ohne besonderen Vorbehalt im Einführungsgesetze, die Landesgesetzgebung bei dieser Ueberweisung an die im GVG. vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen gebunden sein. Es würden z. B. in den Bundesstaaten, in welchen bisher die Kompetenz der Einzelrichter eine größere war, als die im GVG. den Amtsgerichten beigelegte Zuständigkeit, diejenigen bei Einzelrichtern anhängigen Sachen, welche nach dem GVG. die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigen, vor die Landgerichte gehören." (Mot.)

Für Preußen vgl. Gesetz, betr. die Uebergangsbestimmungen u. s. w., §§ 7—11, 29, 30 (GS. S. 332), Struckmann u. Koch a. a. O. S. 194 ff.

§ 19.

1) In dem Entw. stand vor „in den Ruhestand" das Wort „einstweilen". Dasselbe ist von der RTK. gestrichen und dadurch der Reichsregierung die Möglichkeit entzogen worden, ein vorläufig in den Ruhestand versetztes Mitglied des Reichs-Oberhandelsgerichts demnächst wider seinen Willen beim Reichsgerichte wieder anzustellen.

2) — „mit Beibehaltung ihrer Besoldung" — Inwieweit dazu auch der Wohnungsgeldzuschuß gehört, richtet sich nach § 8 (§ 4 kommt, da der Sitz des Reichsgerichts mit dem des Reichs-Oberhandelsgerichts zusammenfällt, nicht weiter in Betracht) des Gesetzes, betr. die Bewilligung von Wohnungsgeldzuschüssen usw., v. 30. Juni 1873 (RGBl. S. 166). Ein Antrag, den Wohnungsgeldzuschuß unbedingt der Besoldung gleichzustellen, wurde von der RTK. abgelehnt. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß kein Wohnungsgeldzuschuß zu gewähren ist. (A. M. Keller S. 263.)

der Mitglieder der Kammern und Senate sowie der regelmäßigen Vertreter der Mitglieder durch die Landesjustizverwaltung.

Bei der ersten Einrichtung des Reichsgerichts und während der Dauer des ersten Geschäftsjahres erfolgen die Geschäftsvertheilung und die Bestimmung der Mitglieder der Senate sowie der regelmäßigen Vertreter derselben durch den Reichskanzler.

Entw. — Mot. — Prot. S. 510, 764.

§ 21. Innerhalb zwei Jahren nach dem Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes kann die Landesjustizverwaltung bei nothwendiger Einziehung von Richterstellen die unfreiwillige Versetzung eines Richters an ein anderes Gericht von gleicher Ordnung unter Belassung des vollen Gehalts und Erstattung der Umzugskosten verfügen.

Entw. — Mot. — Prot. S. 764, 765.

§ 22. Die Bestimmungen des §. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Fähigkeit zum Richteramte finden auf diejenigen, welche vor dem Inkrafttreten des Gesetzes die erste Prüfung in einem Bundesstaate zurückgelegt haben, nur insoweit Anwendung, als nicht in dem Bundesstaate abweichende Vorschriften bestehen.

Der für den Vorbereitungsdienst vorgeschriebene Zeitraum kann für die ersten

---

§ 20.

1) Durch den § 20, welchen die RTK. in Folge ihrer Beschlüsse zum GVG. über die Bildung der Kammern (Senate) bei den Kollegialgerichten (das. §§ 62 ff., 78 Abs. 2, 121, 133) annahm, sind rücksichtlich der ersten Einrichtung der neuen Gerichte sowie rücksichtlich der während der Dauer des ersten Geschäftsjahres nothwendigen Veränderungen die Bestimmungen der §§ 62, 63 (nicht auch der §§ 61, 64—68) sowie der §§ 78 Abs. 2, 121, 133, insofern dieselben auf die §§ 62, 63 Bezug nehmen, außer Anwendung gesetzt. Vgl. noch § 16 Anm. 3.

2) „Landesjustizverwaltung" — vgl. GVG. § 8 Anm. 14.

Für Preußen ist auf Grund des § 20 von dem Justizminister die Allg. Verf. v. 28. Juli 1879 (JMBl. S. 209) erlassen. (Vgl. Struckmann u. Koch, Preuß. AG. S. 552 ff.)

§ 21.

1) Der § 21 ist auf Antrag des Abg. Struckmann von der RTK. in Folge der Einschaltung des Titels „Richteramt" in das GVG. hier aufgenommen worden, um bei einer im Falle einer neuen Gerichtsorganisation leicht möglichen unrichtigen Berechnung des Bedürfnisses an richterlichen Kräften der Justizverwaltung die Möglichkeit zu gewähren, ohne unnöthige Belastung der Staatskasse die nöthige Ausgleichung zu treffen. Die durch § 8 Abs. 1 des GVG. gewährleistete Unversetzbarkeit der Richter wird hierdurch für die Dauer von zwei Jahren bis zu einem gewissen Grade modifizirt.

2) — „bei nothwendiger Einziehung von Richterstellen" — Dieses ist die einzige Voraussetzung, unter welcher vom § 21 Gebrauch gemacht werden durfte.

— „gleicher Ordnung" — vgl. GVG. § 8 Anm. 11.

3) — „des vollen Gehalts" — Der Betrag des Wohnungsgeldzuschusses richtet sich nach dem neuen Amtssitze [s. § 4 d. Reichsgesetzes v. 30. Juni 1873 u. § 3 d. Preuß. Ges. v. 12. Mai 1873 (GS. S. 209)]. Vgl. § 19 Anm. 2.

4) Andere Erleichterungen für die Justizverwaltung während des Uebergangszustandes enthält das Preuß. AG. z. GVG. §§ 92, 100.

vier Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes in den einzelnen Bundesstaaten bis auf zwei Jahre abgekürzt werden.

Entw. — Mot. — Prot. S. 767.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 27. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst v. Bismarck.

---

§ 22.

Dieser Paragraph verdankt seine Entstehung gleichfalls der RTK. Er ist von derselben in Folge der Beschlüsse zum § 2 des GVG. mit Rücksicht namentlich auf die in einzelnen Staaten, z. B. Württemberg, bestehenden Verhältnisse, wonach das Schwergewicht in die erste Prüfung fiel und bis zur zweiten nur eine kurze Vorbereitungszeit erforderlich war, aufgenommen worden.

Nachtrag*).

Civilprozeßordnung:

§ 3 S. 2 Anm. 1 Z. 4: Gegen Wach vgl. Birkmeyer in Meckl. Zeitschr. VI S. 195 ff.
S. 3 Anm. 1 Z. 3 ist hinzuzufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 38, 71.

§ 4 S. 4 Anm. 2 Abs. 1 a. E.: A. M. Birkmeyer in Meckl. Zeitschr. VI S. 203 ff.

§ 7 S. 7 Anm. 1 a. E. ist hinzuzufügen: Bei einstweiligen Verfügungen ist § 7 nur entsprechend anwendbar (RG. XV S. 434).

§ 11 S. 9 Anm. 1 Abs. 3 a. E.: Ebensowenig ist die Entscheidung für die Frage der Zulässigkeit der Revision nach § 509 Nr. 2 bindend (RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 29).

§ 19 S. 16 Anm. 1 Abs. 2 Z. 5 ist hinzuzufügen: S. auch Ges., betr. die Abänderung der Gewerbeordnung, v. 23. April 1886 §§ 104 h i (für Innungsverbände auf Beschluß des Bundesraths) [RGBl. S. 125], Unfall- und Krankenversicherungsgesetz v. 5. Mai 1886 § 13 (für land- u. forstwirthschaftliche Arbeiter) [RGBl. S. 132].

§ 20 S. 18 Anm. 2 Abs. 2 Z. 6 a. E.: sowie v. 22. Dez. 1886 (JMBl. S. 340).

§ 24 S. 22 Anm. 1 a. E.: Der Gerichtsstand findet auch für Klagen der Ausländer Anwendung (vgl. § 12 Anm. 3, ob. LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 219, RG. XVI S. 392).
Anm. 2 Abs. 1 a. E.: vgl. auch GVG. §§ 18—21 Anm. 3.
Anm. 3 Z. 5 ist in der Klammer noch anzuführen: RG. XVI S. 391.
vorletzte Z.: Zustimmend auch Barkhausen in Busch, Zeitschr. X S. 394 ff.
Anm. 3 a. E. ist hinzuzufügen: oder darauf, ob die Existenz der Voraussetzungen des § 24 durch ein arglistiges Verhalten des Beklagten herbeigeführt ist (RG. XVI S. 393).

§ 25 S. 23 Anm. 1 Z. 6 hinter „Reallast (Abs. 2, § 26)" einzuschalten: einer fideikommissarischen Belastung, auch wenn zu der unbeweglichen Sache bewegliche Pertinenzien gehören (OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 41 Nr. 118);
das. Z. 13 ist den Zitaten hinzuzufügen: RG. XV S. 386.

§ 29 S. 27 i. A. ist der Literatur hinzuzufügen: Kohler im civ. Arch. 70 S. 224 ff.
S. 28 Anm. 3 Z. 5 ist hinter „Kaufverträgen" einzuschalten: vgl. auch OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 41 Nr. 143.
Z. 6 hinter „(im Kommissionsgeschäft)": RG. XV S. 435 (Konventionalstrafe).

§ 31 S. 29 Anm. 1 a. E. ist beizufügen: ob der Geschäftsführer ein Vermögen als Ganzes oder spezielle Vermögensstücke verwaltet oder nur (wie z. B. ein Generalagent) als Vertreter des Geschäftsherrn Rechtshandlungen vornimmt und Geschäfte abschließt (RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 7 S. 468).

§ 32 S. 30 Anm. 4 S. 5 in der Klammer: A. M. RG. i. StrS. XV S. 202.

*) Zusätze und Berichtigungen, welche während des Drucks nothwendig geworden sind.

Allg. Bem. z. Tit. 3. S. 38 Anm. 1 vorletzte Z. ist als Gegner Wach's anzuführen: Birkmeyer in Meckl. Zeitschr. VI S. 205 ff.

§ 39 S. 39 Anm. 1 vorletzte Z. ist noch anzuführen Petersen im civ. Arch. 70 S. 212 ff., bes. S. 216 ff.

Anm. 2 Z. 10 Kohler im civ. Arch. 70 S. 222.

§ 45 S. 45 Anm. 1 Abs. 2 ist in der Klammer als zustimmend anzuführen: RG. XVI S. 413.

§ 49 S. 47 Anm. Abs. 2 hinter „ein Richter“: s. auch RG. i. StrS. XIII S. 76.

§ 50 S. 48 Anm. 1 Abs. 1 a. E.: Speziell wegen Prozeßfähigkeit der Ausländer s. Böhm, Handb. d. Rechtshülfeverfahrens usw. S. 62 ff.

§ 51 S. 52 Anm. 4 Abs. 2: Ueber die Zulassung ausländischer juristischer Personen zur Rechtsverfolgung im Inlande und die dieserhalb vom D. Reich geschlossenen Verträge s. auch Böhm a. a. O. S. 68, 69.

Anm. 3 a. E. ist noch anzuführen: Böhm a. a. O. S. 67, 68.

§ 53 S. 54 Anm. 1 a. E.: Wegen ausländischer juristischer Personen vgl. § 51 Anm. 4 Abs. 2.

§ 59 S. 61 letzter Abs. Z. 5: Die Abh. von Eccius ist auch abgedruckt in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. XXXII S. 13 ff. Vgl. auch Sommer in Gruchot, Beitr. XXX S. 358 ff., Habicht in Busch, Arch. f. HR. XLVI S. 344 ff. u. abweichend Unger in d. Jahrb. f. Dogmatik XXV S. 239 ff.

S. 62 Abs. 1 a. E.: Anders, wenn mehrere Gesellschafter in solidum beklagt werden (LG. Bremen in Busch, Zeitschr. X S. 385 ff.).

§ 61 S. 65 Anm. 2 Abs. 3 Z. 2 ist noch anzuführen: RG. XIV S. 341 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 145.

§ 62 S. 67 Anm. 1 Z. 13 a. E. ist noch anzuführen: OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 222.

§ 63 S. 68 Anm. 2 Z. 4 ist noch anzuführen: RG. XIV S. 436.

§ 64 S. 70 Anm. 1 Z. 4 ist vor dem neuen Satze einzuschalten: Auch ist gegen den nicht erschienenen Nebenintervenienten beim Erscheinen der Hauptpartei ein Versäumnißurtheil nicht zulässig, weil er durch letztere vertreten wird (RG. XV S. 429).

§ 68 S. 73 Anm. 1 Abs. 1 Z. 3 ist noch anzuführen: RG. XV S. 396.

Vorletzte Z.: RG. XV S. 412 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 38.

§ 69 S. 74 Anm. 2 letzte Z. muß es statt „8,46“ heißen: 8,45.

§ 83 S. 92 Anm. 1 Abs. 1 a. E.: Andererseits hindert aber die Unwirksamkeit der Kündigung nicht die Vornahme von Prozeßhandlungen durch einen anderen Anwalt (OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 144).

§ 87 S. 98 Anm. 1 Abs. 2 Z. 7 ist als zustimmend anzuführen: Staub in Jur. Wochenschr. 1886 S. 211.

Abs. 2 a. E. ist hinzuzufügen: Auch wenn der Kläger vor Zustellung der Klage, jedoch nach Einreichung derselben bei Gericht vom Beklagten in der Hauptsache klaglos gestellt wird, kann er den Prozeß wegen der Kosten fortsetzen, welche mit Einreichung der Klage zu prozessualischen werden, aus dem bloßen Vorbereitungsstadium heraustreten (Staub a. a. O. S. 211 ff.).

Anm. 1 vorletzte Z. sind gegen Seuffert anzuführen: Altvater in Busch, Zeitschr. X S. 250 ff., OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 42 Nr. 57.

§ 87 S. 99 Anm. 2 Abs. 2 Z. 13 u. 14 ist als zustimmend noch anzuführen: OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 145;

das. Z. 17 ist als zustimmend anzuführen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 230 Nr. 19.

S. 100 Anm. 4 Z. 12 ist gegen Rödenbeck anzuführen: Struckmann in Busch, Zeitschr. X S. 350 ff.;

das. Z. 15 hinter „das.“: und RG. XIV S. 377, Struckmann a. a. O. S. 356 ff.;

das. Z. 19 sind als zustimmend noch anzuführen: RG. XV S. 433 u. OLG.

Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 218 I. Das daselbst angeführte abweichende Urtheil d. RG. ist auch abgedruckt RG. XIV S. 393.

Anm. 6 ist hinter „Reisekosten" einzuschalten: des substituirenden Rechtsanwalts (vgl. Walter in Jur. Wochenschr. 1886 S. 186 ff.) oder;

das. a. E. ist noch anzuführen: RG. XV S. 402 u. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 296.

S. 101 Anm. 7 Abs. 1 a. E.: So auch RG. XV S. 399, OLG. Jena in Seuffert, Arch. 42 Nr. 54.

§ 88 S. 101 Anm. 3 ist als Abs. 2 beizufügen: Die vorstehenden Grundsätze sind auch bei einer Kostenentscheidung im Theilurtheil anwendbar (Altvater in Busch, Zeitschr. X S. 256 ff.).

§ 89 S. 102 Anm. 4 ist noch zustimmend RG. XIV S. 320.

§ 92 S. 105 Anm. 1 Z. 2: Gegen H. Meyer auch Altvater a. a. O. S. 261.

§ 94 S. 106 Anm. 1 a. E.: Die Entscheidung in der Hauptsache wird aber andererseits angefochten, wenn beantragt wird, statt der Abweisung des Klaganspruchs denselben für erledigt zu erklären (RG. XV S. 424).

Anm. 2 letzte Z. ist vor „Schließt" einzuschalten: vgl. RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 5 S. 289 und in Jur. Wochenschr. 1886 S. 245.

§ 95 S. 108 Anm. 4 Z. 13: Zustimmend auch RG. XV S. 381.

§ 96 S. 109 Anm. 1 Abs. 3 Z. 1 ist hinter „Gegner" einzuschalten: bzw. der Nebenintervenient; das. Z. 3 a. E.: u. RG. XV S. 417.

§ 99 S. 112 Anm. 3 Z. 3: Zustimmend auch Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 10.

Anm. 4 Abs. 1 muß es in der vorletzten Z. statt „Kullmann" heißen „Kulemann" und ist noch weiter anzuführen: Herzog in Jur. Wochenschr. 1886 S. 178 ff.;

das. Abs. 2 Z. 3 ist beizufügen: OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 227.

Allg. Bem. z. Tit. 6. S. 113: Literatur: Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens S. 88 ff., Drucker in Jur. Wochenschr. 1887 S. 184 ff.

§ 102 S. 116 Anm. 2 Z. 4: A. M. auch Böhm a. a. O. S. 190.

Anm. 3 Abs. 2 Z. 6 hinter „Oesterreich" einzuschalten: (vgl. Böhm a. a. O. S. 101).

das. Abs. 3 a. E.: mit der dominikanischen Republik am 30. Januar 1885 (RGBl. 1886 S. 3) und der südafrikanischen Republik am 22. dess. Monats (RGBl. 1886 S. 209) sowie mit Oesterreich v. 9. Mai 1886 (D. RAnz. 1887 Nr. 75 S. 1).

§ 104 S. 117 Anm. 5 a. E.: (vgl. Böhm a. a. O. S. 94 Anm. 19).

§ 106 S. 119 Anm. 1: Wegen der Ehefrau in Ehescheidungsprozessen vgl. Marcus in Busch, Zeitschr. X S. 403 ff. A. M. Kammergericht das.

Anm. 2 Z. 3 ist als zustimmend noch anzuführen: Sturm in Gruchot, Beitr. XXX S. 829 ff.

S. 120 Anm. 4 Z. 6: Vgl. den Zusatz zu § 102 Anm. 3 Abs. 3 Anm. 4 a. E. Zum Abs. 2 vgl. Böhm a. a. O. S. 103 ff.

§ 107 S. 121 Anm. 4 Abs. 3 Z. 2 hinter „desselben" ist einzuschalten: d. h. dem Vorsitzenden der mit der Sache befaßten Kammer bzw. des betr. Senats (Petersen §§ 107, 108 Nr. 4, H. Meyer in Böhlau, Mag. IV S. 291 ff.; vgl. auch §§ 55 Anm. 1, 185 Anm. 1).

§ 114 S. 124 Anm. 1: Im Mahnverfahren (§§ 632, 639) tritt an Stelle der sonstigen Spezialisirung eine allgemeine Kostenauflage. Anders bei der Pfändung und Ueberweisung (vgl. Voß in Busch, Zeitschr. X S. 364 ff.).

§ 115 S. 125 Anm. 1 Z. 6: Zustimmend auch OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 297.

§ 119 S. 128 Anm. 1: Vgl. ferner Bähr, Noch ein Wort zum deutschen Civilprozeß. Jena

1886 u. gegen ihn: Lippmann im civ. Arch. 70 S. 82 ff. sowie Jäckel, Auch ein Wort zum deutschen Civilprozeß. Berlin 1886.

S. 129 Anm. 2 Abs. 2 a. E.: Ueber die Unbestimmtheit der Ausdrücke „sollen" und „müssen" s. auch Heilbut im civ. Arch. 69 S. 331 ff., Fitting in Busch, Zeitschr. XI S. 25 ff.

Anm. 3 Z. 3 ist in der Klammer einzuschalten: wegen Verletzung dieses Grundsatzes s. RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 229.

S. 130 Anm. 4b a. E.: Noch weiter geht RG. XVI S. 411; vgl. § 441 Anm. 2.

S. 131 Anm. 4 Abs. 3 vorletzte Z. in der Klammer einzuschalten: u. LG. Bremen in Busch, Zeitschr. X S. 396 ff.

§ 123 S. 136 Anm. 3 a. E.: Auch die Erweiterung des Klagantrages gehört dahin (RG. XV S. 392).

§ 127 S. 139 Abs. 1 Z. 4 ist noch anzuführen: Wach, Handb. I S. 326 ff.

§ 128 S. 141 Anm. 2 Z. 7 stimmt noch zu: ob.LG. für Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 230.

§ 130 S. 144 Anm. 3 Z. 3 v. unten: A. M. auch OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 305.

§§ 136, 137 S. 151 Anm. 2 Abs. 3 Z. 2 v. unten: Eine ähnliche Konstruktion wie Schollmeyer versucht Osann, Beitr. z. Behandlung d. Komp. Einr. in der D. CPO. Darmstadt 1885. S. 21 ff., 30 ff. A. M. auch Seuffert in Krit. Vierteljahrsschr. XXVII S. 472 ff., Fischer im civ. Arch. 70 S. 341 ff.

§ 136 S. 153 Anm. 2 Z. 4 ist hinter „Anm. 18" einzuschalten: RG. XV S. 376;
das. Z. 7 hinter „französischen": (vgl. RG. XVI S. 371).
Anm. 4 Z. 5 a. E.: (vgl. RG. XVI S. 371).

S. 154 Anm. 5 Z. 1 ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 371.

§ 139 S. 156 Anm. 1 Z. 2 hinter „ist": Auch die Anhängigkeit vor einem Schiedsgerichte genügt (OLG. Jena in Seuffert, Arch. 42 Nr. 61);
das. Z. 3 hinter „Rechtsverhältniß": (eine bloße Rechtsfrage genügt nicht; vgl. OLG. Dresden in Seuffert, Arch. 42 Nr. 60).

§ 141 S. 158 Anm. 1 Abs. 2 ist in der Klammer einzuschalten: RG. XV S. 427.

§ 142 S. 159 Anm. Abs. 1 Z. 2 a. E.: (vgl. Ude in Busch, Zeitschr. X S. 92 ff.), insbesondere vom Fragerecht nicht genügender Gebrauch gemacht ist;
das. vorl. Z. hinter „unzulässig": Ebensowenig ist sie behufs Vorbringung neuer Thatsachen oder Beweismittel oder darauf gestützter Anträge zulässig (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 231, 42 Nr. 62, RG. XVI S. 417).

§ 147 S. 164 Anm. a. E.: RG. XIV S. 379, 386, § 258 Anm. 4 a. E.

§ 150 S. 165 Anm. 1 Z. 4 hinter „Nr. 6": (über Nr. 6 vgl. RG. XVI S. 331 u. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 3 u. 4).

Allg. Bem. z. Tit. 2 S. 167 Anm. 1 a. E. sind der Literatur beizufügen: Wach I S. 321 ff., Planck I S. 133 ff.

§ 152 S. 168 Anm. 3 Z. 6 hinter „Nr. 263" einzuschalten: Im Anwaltsprozeße wird die Gültigkeit einer Zustellung nicht dadurch beinträchtigt, daß der Gerichtsvollzieher den Zustellungsauftrag der Partei in eigenem Namen erhalten hat [RG. (vereinigte Civils.) in Jur. Wochenschr. 1887 S. 35].
Z. 9 v. unten hinter „handelnd" einzuschalten: (A. M. RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 6 S. 348).

§ 156 S. 171 Anm. 2 Z. 3 hinter „auch" einzuschalten: die Urschrift (RG. XV S. 411) oder;
das. Z. 4 ist als zustimmend noch anzuführen: Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 5.

S 172 Anm. 3 Z. 8 am Ende der Klammer: A. M. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 66 Nr. 6.
Anm. 4 a. E.: RG. XIV S. 335.

§ 162 S. 178 Anm. 2 Z. 7 ist als zustimmend noch anzuführen: RG. XVI S. 354.
S. 179 Anm. 3 Abs. 2 ist nach „bezieht sich" einzuschalten: nach § 78 auch auf die Hauptintervention (RG. XV S. 428) sowie.

§ 164 S. 180 Anm. 2 Abs. 1 Z. 6 ist in der Klammer beizufügen: RG. XIV S. 350, 375, XVI S. 355.
Abs. 2 Z. 6 am Schlusse der Klammer: vgl. jedoch RG. in Gruchot, Beitr. XXXI S. 109 [Zuordnung eines Armenanwalts];
ebenda hinter der Klammer: desgleichen, wenn mehrere Berufungen gegen dasselbe Urtheil ergriffen und gleichzeitig anhängig sind (RG. XIV S. 350, 371), nicht aber das angefochtene Urtheil (RG. XVI S. 354).
Z. 8 in der Klammer: RG. XIV S. 371, XVI S. 355.

§ 165 S. 182 Anm. 2 Z. 2 muß es statt „Anm. 4" heißen: Anm. 3.

§ 168 S. 183 Anm. 2 Z. 1 i. A. muß es heißen: Abs. 1; am Schlusse ist beizufügen: Ein mehreren Personen (z. B. Handelsgesellschaftern) gemeinsames Geschäftslokal kann auch als ein besonderes der einzelnen Personen angesehen werden (RG. XVI S. 349).
S. 184 Z. 1 der Anm. fehlt vor „Gehülfen": Abs. 2.
ebenda Abs. a. E. ist beizufügen: Das Geschäftslokal muß sich (vgl. RAO. § 18) am Wohnsitze des Rechtsanwalts befinden (RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 93 Nr. 4).

§ 174 S. 188 Anm. 2: Vgl. auch Fitting in Busch, Zeitschr. XI S. 69 ff.

§ 177 S. 190 Anm. 4 Z. 4 ist als zustimmend noch anzuführen: RG. XIV S. 392, XV S. 412.

§ 178 S. 191 Anm. 2 Z. 1 ist als zustimmend anzuführen: RG. XV S. 412.

§ 181 S. 193 Anm. 2 Z. 4 v. unten ist in der Klammer beizufügen: RG. XIV S. 348.
Anm. 3 Z. 2 in der Klammer: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 286, Nr. 6.
das. Abs. 3: S. auch RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 2 S. 129.
Anm. 4 Z. 4 in der Klammer: RG. XV S. 373.

§ 182 S. 194 ist zur Literatur anzuführen: Böhm, Handb. des Rechtshülfeverfahrens S. 109 ff.

§ 193 S. 204 Anm. 3 vorletzte Z. ist hinter „Anm. 8" noch anzuführen: Fischer im civ. Arch. 70 S. 344.

§ 200 S. 209 Anm. 1 a. E.: Ein Gleiches gilt für eine 24stündige Frist (Petersen a. a. O., OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 233).

§ 208 S. 215 ist zur Literatur anzuführen: Ude in Busch, Zeitschr. X S. 72 ff.

§ 211 S. 219 Anm. 2 ist die Literatur zu ergänzen durch: Hafner, Ueber den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht. Zürich 1886.
Abs. 1 Z. 5 v. u.: s. auch RG. im RAnz. 1887 Beil. 2 S. 138.

§ 213 S. 221 Anm. 1 a. E.: Die Partei hat nicht alles zur Wahrung der Frist Erforderliche gethan, wenn der ertheilte Auftrag unvollständig war, z. B. nicht ersehen ließ, ob die Zustellung an den Gegner selbst oder dessen Prozeßbevollmächtigten erfolgen sollte (RG. XVI S. 364).

§ 214 S. 223 Anm. 2 Abs. 2 a. E.: In der Berufungsinstanz sind neue nicht zulässig (RG. XVI S. 368).

§ 217 S. 226 Anm. 2 Abs. 2 a. E.: Die Erben können die Aufnahme nicht durch das Vorbringen aufhalten, daß nicht alle Erben geladen seien oder die Erbtheile derselben noch nicht feststehen (obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 42 Nr. 63).

§ 218 S. 228 Anm. 1 Abs. 2 a. E.: vgl. RG. XIV S. 405, 412.
Anm. 2 Z. 8 ist hinter „aufzunehmen" einzuschalten: (vgl. RG. XVI S. 118 u. im RAnz. 1886 bes. Beil. 5 S. 300).
S. 229 Anm. 4 Z. 2 hinter „worden": (vgl. auch RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 5 S. 301).

§ 221 S. 230 Anm. 1 Abs. 1: Als „Anwalt einer Partei" gilt ein Anwalt von dem Zeit-

punkte an, in welchem er dem Gegner gegenüber sich als solcher kenntlich macht, z. B. durch Einreichung einer Rechtsmittelschrift (RG. XIV S. 333).

§ 229 S. 237 Anm. 1 Z. 7 ist vor „im Aufgebotsverfahren" einzuschalten: im Wiederaufnahmeverfahren (§ 541 Abs. 2);

ebenda Z. 9 hinter „aufrecht": Auch Entscheidungen, durch welche die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zugelassen oder abgelehnt wird, gehören hierher (RG. XVI S. 358) sowie solche, durch welche mittelbar die thatsächliche Aussetzung des Verfahrens herbeigeführt wird, indem dasselbe für unterbrochen erklärt wird (RG. XVI S. 339).

§ 230 S. 242 Anm. 6 Z. 3 ist hinter „bestimmt sein" einzuschalten: (vgl. hierüber v. Kienitz in Busch, Zeitschr. X S. 236 ff.).

S. 243 Anm. 6 Abs. 2 Z. 4 zustimmend auch v. Kienitz a. a. O. S. 244;

ebenda Z. 3 v. unten: A. M. auch v. Kienitz a. a. O. S. 240 ff., welcher aber eine Feststellungsklage (vgl. § 231 Anm. 3) zuläßt.

§ 231 S. 246 Anm. 3 Abs. 1 Z. 1 ist hinter „Rechtsverhältnissen" einzuschalten: (über diesen Begriff vgl. v. Kienitz in Busch, Zeitschr. X S. 211 ff.);

ebenda Z. 5 in der Klammer beizufügen: RG. XIV S. 212;

ebenda Z. 10 in der ersten Klammer: RG. XIV S. 89;

ebenda Z. 14 in der Klammer: abweichend v. Kienitz a. a. O. S. 229 ff.;

ebenda Z. 6 v. unten hinter der Klammer: wohl aber auf ein jetzt nicht mehr bestehendes Rechtsverhältniß, auf welches noch Ansprüche gegründet werden (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 168).

S. 247 Anm. 3 Abs. 2 Z. 3 v. unten ist hinzuzufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 268 Nr. 8.

Anm. 5 Abs. 1 Z. 1 in der Klammer: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 227 Nr. 6.

S. 248 Anm. 5 Abs. 1 a. E.: s. dagegen OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 167;

ebenda Abs. 4 Z. 6 a. E.: A. M. RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 39.

S. 250 Anm. 8 Abs. 1 Z. 6 ist hinter „habe" einzuschalten: (vgl. auch RG. XIV S. 91).

Anm. 10 Abs. 2 a. E.: Bei der negativen Feststellungsklage ist es nicht zulässig, eine engere als die beantragte Fassung in dem Urtheil auszusprechen (RG. XIV S. 104).

S. 251 Anm. 11 a. E.: Ueber das Verhältniß der Feststellungs- zu den Eigenthums- und Servituten-Klagen auf Anerkennung vgl. v. Kienitz a. a. O. S. 222 Anm. 11, welcher hier mit Unrecht einen Unterschied aufrechterhalten will, und andrerseits Förster in Busch, Zeitschr. VIII S. 143; s. auch RG. IX S. 215 u. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 268 Nr. 8.

§ 232 S. 253 Anm. 7 Z. 3 ist in der Klammer beizufügen: OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 41 Nr. 300.

§ 234 S. 254 Anm. 1 a. E.: Bei bloßer Ergänzung oder Berichtigung des Klagegrundes oder Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 1, 2) ist Wahrung der Einlassungsfrist nicht erforderlich (vgl. § 123 Anm. 3, RG. XIV S. 392).

§ 235 S. 256 Anm. 1 Abs. 3: Für die Rechtshängigkeit durch Kompensationseinrede auch Osann, Beiträge zur Behandlung der Komp.-Einr. in d. CPO. Darmstadt 1885. S. 23 ff.

S. 257 Anm. 3 Abs. 3 Z. 9: A. M. auch RG. VI S. 420 u. im RAnz. 1886 bes. Beil. 4 S. 220 ff.

S. 258 Anm. 4 Abs. 2 Z. 4 ist in der Klammer hinzuzusetzen: vgl. übrigens § 467 Anm. 6.

§ 236 S. 260 Anm. 2 Abs. 2 Z. 12 ist in der Klammer einzuschalten: RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 22.

das. Abs. 4 a. E.: Auch auf den Schuldübernehmer ist § 236 nicht anwendbar (RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 4 S. 206).

das. Abs. 5 Z. 7: Zustimmend auch Dernburg II S. 193 Anm. 17, Kroll, Klage u. Einr. S. 206, Gerbaulet in Gruchot, Beitr. XXX S. 801 ff. A. M. (außer Seuffert) Wach in Gruchot, Beitr. XXX S. 779 ff., welcher ein „dominium litis höchst eigenthümlicher Art" annimmt.

§ 240 S. 266. Zur Literatur sind noch anzuführen: Wach in Gruchot, Beitr. XXX S. 769 ff.; Bollinger, Zur Revision der Lehre von der Klagänderung. Zürich 1886.

Anm. 1 Abs. 1 Z. 3 ist in der Klammer noch anzuführen: RG. XIV S. 427.

S. 267 Anm. 2 Z. 2: RG. XIV S. 346;

ebenda Z. 5 v. unten: RG. XIV S. 347.

Anm. 4 Z. 4: RG. XIV S. 209, 346, 427.

§ 241 S. 268 Anm. 1 Abs. 2 Z. 5 sind die Worte „A. M. Meyer in Gruchot, Beitr. XXII S. 1 ff." zu streichen sowie Z. 8 d. Worte: Meyer a. a. O.

Anm. 1 a. E.: Der Satz „Die auf der eigenen Sachdarstellung des Beklagten ruhende Klagänderung ist zulässig" läßt sich auch in der von Wach in Gruchot, Beitr. XXX S. 775 ff. angenommenen Beschränkung aus § 241 (§ 235 Nr. 3) nicht begründen.

§ 243 S. 270 Anm. 1 Abs. 1 Z. 2 a. E.: Als Zurücknahme der Klage ist auch der Antrag des Klägers, den von ihm inzwischen für unbegründet erkannten Klaganspruch für erledigt zu erklären, anzusehen (RG. XV S. 426).

S. 272 Anm. 7 letzte Z. ist hinter „Klage" einzuschalten: (vgl. RG. XV S. 382).

§ 247 S. 275 Anm. 2 Abs. 2 Z. 11: Zustimmend auch Ude in Busch, Zeitschr. X S. 99 ff.

S. 277 Anm. 5 a. E.: Zustimmend auch RG. XVI S. 335, 370.

Anm. 8 vorletzte Z. ist in der Klammer beizufügen: RG. XV S. 382.

S. 278 Anm. 11 Abs. 2 Z. 2 ist vor „Wegen" einzuschalten: Sie bezieht sich auf beide in Abs. 1 enthaltene Gebote (vgl. Ude a. a. O. S. 101 ff.).

§ 248 S. 279 Anm. 2 Abs. 1 a. E.: Das Gleiche gilt, wenn ein Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede ohne eine nach Abs. 1 des § 248 abgesonderte Verhandlung entschieden hat (RG. XV S. 398).

S. 280 Anm. 4 Z. 9 ist in der Klammer beizufügen: RG. XV S. 348.

§ 252 S. 286 Anm. 3 Abs. 1 a. E.: und Ude in Busch, Zeitschr. X S. 95 ff.

§ 253 S. 288 Anm. 5 Z. 4: Zustimmend auch RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 38 Nr. 5.

§ 259 S. 296 Anm. 1 Abs. 3 Z. 1 ist in der ersten Klammer einzuschalten: und über die Bedeutung der freien Ueberzeugung RG. XV S. 338;

ebenda Z. 8 in der Klammer: RG. in Seuffert, Arch. 42 Nr. 67 u. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 187 (ein Beweis zur Anfechtung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen darf nicht abgelehnt werden, weil Letzterer auf den ersten Richter einen günstigen Eindruck gemacht hat);

ebenda Z. 3 v. unten hinter „a. E.": RG. XV S. 335.

ebenda a. E. des Abs. 3: Daß § 259 nicht immer zu einer positiven Ueberzeugung von Wahr oder Unwahr führt, zeigt Bähr in d. Jahrb. f. Dogmatik XXV S. 394 ff.

S. 297 Anm. 3 Z. 8 hinter „S. 481": s. auch RG. XV S. 342.

§ 260 S. 299 Anm. 2 Abs. 1 Z. 6 ist noch anzuführen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 193, wonach auch lediglich die Frage des ursächlichen Zusammenhanges den Gegenstand des § 260 bilden kann.

Anm. 4 a. E. ist hinzuzufügen: Ueber das Versäumnißurtheil bei Schädensklagen s. Kohler in Gruchot, Beitr. XXXI S. 1 ff.

Anm. 6 Z. 2 in der Klammer: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 269 Nr. 10.

§ 261 S. 302 Anm. 4 Z. 5 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 39.

§ 262 S. 303 Anm. 3 Z. 9: obLG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 42 Nr. 68.

§ 266 S. 307 Anm. 3 Z. 2: RG. XIV S. 438, XVI S. 369.

§ 267 S. 308 ist der Literatur noch beizufügen: Fitting „Ueber die Folgen von Mängeln des Verfahrens" in Busch, Zeitschr. XI S. 1 ff.

S. 309 Anm. 2 Abs. 1 a. E.: A. M. auch Fitting a. a. O. S. 7 Anm. 5.

S. 310 Anm. 7 Z. 2 sind noch anzuführen: Nessel in Gruchot, Beitr. XXX S. 177 ff., Pfizer das. XXXI S. 10 ff.

Z. 15 in der Klammer: RG. XIV S. 341.

Z. 5 v. unten in der Klammer: §§ 221 (RG. XIV S. 333), 356 (RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 57).

§ 273 S. 318 Anm. 2a Z. 3 hinter „§ 232 Anm. 7" einzuschalten: vgl. jedoch RG. XIV S. 200 [Rechnungsablage u. Auszahlung auf Grund derselben].

Anm. 2b Z. 1 ist hinter „entspricht" einzuschalten: RG. XVI S. 423.

S. 319 Anm. 3 Abs. 3 Z. 5 ist hinter „S. 239" einzuschalten: ähnlich — abgesehen von der Nothwendigkeit des Vorbehalts — Altvater in Busch, Zeitschr. X S. 250 ff.

S. 320 Anm. 5 a. E.: Eine Beschwerde wegen Nichterlassung eines End- oder Theilurtheils findet nicht statt (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 194).

§ 274 S. 320 Anm. 3 Z. 2 ist hinter „meint" einzuschalten: sowie RG. XVI S. 379 ff.

S. 321 Anm. 3 Z. 4 in der Klammer: RG. S. 384.

§ 275 S. 322 Anm. 1 Z. 8 v. unten: A. M. auch RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 3 S. 148.

§ 276 S. 324 Anm. 1 Z. 8: Das Urtheil v. 5. Febr. 1886 ist jetzt RG. XVI S. 311 abgedruckt.

Z. 13 ist in der Klammer einzuschalten: OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 238.

Darüber, daß die Befugniß des § 276 den Fall nicht einschließt, wenn das Gericht den Anspruch für unbegründet erklärt, vgl. auch § 500 Anm. 4 und die dort Angeführten, welche insbesondere den Passus „wenn der Anspruch für begründet erklärt ist" (s. unten Anm. 2) seiner Entstehung und Bedeutung nach würdigen.

ebenda Z. 10 v. unten: Zustimmend auch RG. XVI S. 352.

ebenda Z. 5 unten ist hinter der Klammer einzuschalten: Ein solches Urtheil ist aber nur zulässig, wenn alle diejenigen rechtlich erheblichen Thatsachen, aus denen der Grund des Anspruchs sich gestaltet, in der Art feststehen, daß sich aus ihnen das Vorhandensein des Anspruchs mit Nothwendigkeit ergiebt (RG. XVI S. 385).

S. 325 Anm. 4 letzte Z. fehlt vor „H. Meyer" A. M.

§ 277 S. 326 Anm. 2 Z. 4 ist in der ersten Klammer einzuschalten: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 304.

§ 278 S. 327 Anm. 3 Z. 2 ist in der Klammer einzuschalten: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 304.

§ 283 S. 331 Anm. 1 Z. 2 ist hinter „289" einzuschalten: RG. XVI S. 331.

§ 284 S. 333 Anm. 3 Abs. 1 Z. 7 ist hinter „Beweisaufnahme" einzuschalten: insbesondere auch der Urkunden (RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 4 S. 230);

ebenda Abs. 4 Z. 8 in der Klammer: RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 2 S. 120.

S. 335 Anm. 8 a. E. ist das Zitat zu streichen.

§ 285 S. 335 Anm. 1 Z. 3 v. unten: Wengler ist nicht A. M.

§ 286 S. 336 Anm. 1: Nach erfolgter Unterschrift seitens sämmtlicher Richter darf der Vorsitzende nichts mehr ändern bzw. hinzufügen (RG. i. StrS. XIII S. 66 ff.).

§ 289 S. 338 Anm. 1 Z. 2 ist hinter „§ 289" einzuschalten: „nicht aber eine Entscheidung, welche unzulässigerweise von dem Erfolge eines in anderer Weise zu erbringenden Beweises abhängig gemacht ist (RG. XVI S. 328).

§ 293 S. 345 Anm. 2 Abs. 3 Z. 10 v. unten ist hinter „Bedeutung" einzuschalten: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 3 Nr. 2.

S. 346 Anm. 3 Abs. 4 Z. 3 v. unten ist noch anzuführen als zustimmend: Fischer im civ. Arch. 70 S. 341.

S. 347 Anm. 4 Abs. 1 Z. 6: Zustimmend auch RG. XVI S. 356.

§ 294 S. 348 vor Anm. 1: Literatur: Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 1 ff.

S. 349 Anm. 4 a. E.: A. M. Fitting a. a. O. S. 15;

ebenda Anm. 5 Abs. 1 Z. 2: Zustimmend auch Fitting a. a. O. S. 7 Anm. 18, welcher jedoch S. 11 eine Ausnahme für Fälle macht, in denen, wie z. B. bei Bewilligung des Armenrechts an den Beklagten, die Gewährung des Gesuchs dem Gegner keinen Nachtheil bringt oder die Zurückweisung nur einer Partei Anlaß zur Beschwerde geben kann;

ebenda Anm. 5 Abs. 2 Z. 4: Zustimmend auch Fitting a. a. O. S. 8.

§ 296 S. 352 Anm. 2 Z. 4: A. M. auch Kohler in Gruchot, Beitr. XXXI S. 3 ff.

S. 353 Anm. 3 Z. 16: A. M. auch Kohler im civ. Arch. 70 S. 242 ff.

§ 297 S. 356 Anm. 3 Z. 5 ist noch beizufügen: RG. XIV S. 343.

§ 300 S. 360 Anm. 3 Abs. 2 a. E.: Vgl. auch d. Urth. in Busch, Zeitschr. XI S. 110 ff.

Anm. 4 Abs. 4 a. E.: Die Wahrung der Einlassungsfrist (§ 234) ist auch für erweiterte Klaganträge in einer bereits rechtshängig gewordenen Streitsache nicht erforderlich (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 40).

§ 301 S. 361 Anm. 1 a. E.: Auch wenn das Gericht für die Zurückweisung unrichtigerweise die Form des Urtheils gewählt oder die theilweise Zurückweisung des Antrags mit einer theilweisen Verurtheilung der säumigen Partei verbunden hat, ist nur sofortige Beschwerde zuläſſig (RG. XV S. 390).

§ 312 S. 371 Anm. 4 a. E. ist zu streichen: A. M. H. Meyer a. a. O. S. 348.

Allg. Bem. z. Tit. 7 S. 394 Anm. 1 Abs. 1 Z. 3 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 39 Nr. 10.

§ 340 S. 397 ist als Anm. 8 beizufügen: Die Uebertragung erfolgt regelmäßig durch den Beweisbeschluß, kann aber auch nachträglich durch besonderen Beschluß erfolgen. Diesem muß eine mündliche Verhandlung voraufgehen (A. M. RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 5 S. 288).

§ 342 S. 398 Anm. 1 ist hinter „§ 156 Anm. 2" einzuschalten: Fitting in Busch, Zeitschr. X S. 9 Anm. 28.

§ 344 S. 402 Anm. 3 Z. 2 a. E.: Ebensowenig ist eine erneuerte Benennung des Zeugen in der Berufungsinstanz unzulässig (OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 41 Nr. 239).

§ 348 S. 408 Anm. 1 Abs. 4 a. E.: Sie liegt auch vor, wenn die Verwandtschaft des Zeugen zur Partei auf unehelicher Geburt beruht (Rechtspr. d. RG. i. StrS. VIII S. 439).

S. 409 Anm. 3 letzte Z. ist hinter „werden" einzuschalten: (vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 42 Nr. 70).

§ 350 S. 410 Anm. 1 Abs. 2 ist hinter „Güterrecht" einzuschalten: (vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 147 u. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 57).

§ 358 S. 419. Als Anm. 6 ist hinzuzusetzen: Abs. 2: vgl. OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 42 Nr. 70, RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 95 Nr. 8.

§ 361 S. 420 Anm. 1 Z. 5 ist in der Klammer einzuschalten: RG. XVI S. 116.

§ 372 S. 430 Anm. 4 Abs. 1 a. E.: Abweichend RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 32, welches unbedingt Glaubhaftmachung fordert.

§ 379 S. 437 Anm. 1 Z. 9 v. unten: vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 146.

§ 380 S. 440 Anm. 2: Auch die Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin (Vorstand der Korporation) sind „öffentliche Behörde" nach Rechtspr. d. RG. i. StrS. XI S. 132.

§ 381 S. 443 Anm. 1 Abs. 2 a. E.: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 227.

S. 444 Anm. 2 Abs. 1 Z. 6 ist hinter der Klammer einzuschalten: Bei offenen Handelsgesellschaften genügt die Unterschrift der Firma (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 227).

S. 445 Anm. 5 a. E. ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 445.

§ 385 S. 448 Anm. 2 Abs. 3 Z. 5 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 269 Nr. 9.

§ 387 S. 450 Anm. 4 Abs. 3 Z. 2 ist hinter „Art. 37 Abs. 1" einzuschalten: (über dessen Auslegung s. ROHG. 2 S. 129, RG. XV S. 379).

§ 391 S. 452 Anm. 1 a. E. ist als zustimmend hinzuzufügen: RG. XVI S. 395.

§ 405 S. 464 Anm. 2 Z. 1 ist hinter „Eideszuschiebung" einzuschalten: Dieselbe kann auch (wie beim Diffessionseide) darauf gerichtet werden, daß der Name des angeblichen Ausstellers nicht in dessen Auftrag oder mit dessen Genehmigung unter die Urkunde gesetzt sei (RG. im RAnz. 1886 bes. Beil. 7 S. 389).

§ 406 S. 465 Anm. 3 a. E.: Vgl. auch RG. i. StrS. XV S. 319.

§ 410 S. 468 vor Anm. 1: Literatur: Staub in Jur. Wochenschr. 1886 S. 131 ff., Bähr das. S. 171 ff., Schuppe in Gruchot, Beitr. XXX S. 233 ff.

S. 469 Anm. 1 Abs. 1 Z. 5: Abweichend Staub a. a. O., welcher den Gegensatz zwischen „Thatsachen" und „Urtheilen" bestreitet;

ebenda Z. 7 ist hinter der Klammer einzuschalten: Beweggründe (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 72).

Ob ein Kauf „mit eigenen Mitteln" stattgefunden, ist ein Rechtsbegriff (ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 42 Nr. 71).

ebenda Abs. 2 Z. 5 hinter „beanstandet": Dagegen wieder Jastrow in Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft VI S. 150 ff., sowie hinter „323": RG. XV S. 369;

ebenda Abs. 3 a. E.: RG. XV S. 336.

Anm. 2 Abs. 2 letzte Z.: Das Urtheil d. RG. ist jetzt auch RG. XV S. 370 abgedruckt.

§ 411 S. 471 Anm. 2 Abs. 3 Z. 5 ist vor „kann" einzuschalten: oder über Thatsachen, welche zum sog. indirekten Gegenbeweis dienen (RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 147), oder gegen eine Urkunde, wenn die zu beschwörende Thatsache außerhalb der Urkunde liegt (RG. in Gruchot, Beitr. XXXI S. 100);

ebenda Abs. 3 a. E.: RG. XV S. 375.

§ 426 S. 484 Anm. 4 Z. 8 ist hinter „Zwischenurtheils" einzuschalten: (nur durch Leistung eines Eides kann es bedingt werden — RG. XVI S. 328).

§ 427 S. 484 Anm. 1 Z. 7 ist hinter „bemerkte" einzuschalten: (vgl. ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 308).

S. 485 Anm. 2 Z. 7 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschrift 1887 S. 39 Nr. 11.

§ 431 S. 489 Anm. 1 Abs. 1 a. E.: Uebrigens ist die Richtigstellung im Wege der Berufung nicht ausgeschlossen (OLG. Stuttgart u. Jena in Seuffert, Arch. 41 Nr. 148, 149).

§ 435 S. 494 Anm. 4 a. E.: OLG. Darmstadt in Seuffert, Arch. 41 Nr. 242.

§ 437 S. 496 Anm. 1 Abs. 2 Z. 7 ist auch zustimmend: RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 156.

S. 497 Anm. 1 Abs. 1 a. E. ist noch anzuführen: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 42 Nr. 71, RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 165 Nr. 9.

§ 441 S. 500 Anm. 2 Abs. 1 letzte Z. ist in der ersten Klammer noch anzuführen: A. M. auch RG. XVI S. 411 u. in Seuffert, Arch. 42 S. 87.

Wochenschrift 1886 S. 247.

§ 471 S. 520 Anm. 6 Abs. 1 a. E.: Zu den zu ersetzenden Reisekosten gehören auch die Reisekosten der obsiegenden Partei zum Sühnetermin (OLG. Kiel in Seuffert, Arch. 41 Nr. 226.

§ 472 S. 524 Anm. 1 Abs. 1: Dadurch, daß in erster Instanz nach den Anträgen des Berufungsklägers erkannt ist, wird die Berufung nicht ausgeschlossen (vgl. §§ 473, 489 Anm. 2).

§ 473 S. 526 Anm. 3 Abs. 2 Z. 4: Zustimmend auch RG. XVI S. 352.

§§ 475 S. 528 Anm. 2 Z. 4 v. unten: Zustimmend auch RG. XVI S. 344 u. in Jur. Wochenschrift 1886 S. 73, 228.

§ 476 S. 529 Anm. 3 Z. 10 hinter RG. IX S. 420: Dasselbe gilt von jeder unzulässigen Berufung (vgl. Sturm in Gruchot, Beitr. XXX S. 844 ff.). Vgl. § 645 Anm. 5.

Z. 6 v. unten: A. M. auch Herzog in Jur. Wochenschr. 1887 S. 29 ff., 84 ff.

§ 477 S. 530 Anm. 3 Abs. 1 Z. 2 v. unten ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 12 Nr. 6.

Anm. 4 Abs. 2 Z. 4: Gegen das RG. s. auch Wilm. Levy S. 497 Anm. 2, Barazetti a. a. O. S. 148, Haas in Gruchot, Beitr. XXX S. 834 ff.;

das. ist vor „Dagegen" einzuschalten: Auch eine Vereinbarung, daß die Zustellung als geschehen gelten solle, ist unwirksam (RG. XV S. 373).

§ 482 S. 534 Anm. 1 Abs. 2 Z. 8: Uebereinstimmend auch ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 250.

§ 485 S. 537 Anm. 1 Abs. 1 Z. 2 ist hinter „S. 323" beizufügen: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 230.

§ 488 S. 539 Anm. 1 a. E.: Nicht erforderlich ist, daß gerade diejenige Partei, welche einen Rechtsbehelf (z. B. eine Einrede) geltend gemacht hat, denselben auch in der Berufungsinstanz vorträgt (RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 145 ff.).

489 S. 540 Anm. 2 Abs. 1: Dem RG. treten bei Hellmann, Lehrb. S. 676 u. LG. Guben in Busch, Zeitschr. XI S. 101; vgl. dagegen Marcus das. S. 101—104.

§ 491 S. 542 Anm. 6 Abs. 1 Z. 3 v. unten ist in der Klammer noch anzuführen: OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 41 Nr. 237 und

Abs. 2 Z. 3: ob.LG. f. Bayern das. Nr. 234.

§ 497 S. 547 Anm. 1 Z. 3 ist vor „Wegen" einzuschalten: Indessen hat auch das Gericht die ihm selbst zu Gebote stehenden Mittel zur Aufklärung zu benutzen (RG. in Seuffert, Arch. 42 Nr. 73).

Anm. 4 Z. 3 hinter „Endurtheil": Ebendeshalb kann nicht — abgesehen von der vorzeitigen Berufung (§ 477 Abs. 2) — nochmals Berufung eingelegt werden (vgl. Sturm in Gruchot, Beitr. XXX S. 839 ff. gegen Mugdan das. XXVII S. 790 ff.). Die Unterscheidung ist besonders für die Fälle wichtig, in welchen es auf den Zeitpunkt der Rechtskraft ankommt (s. Sturm a. a. O. S. 842 ff.), aber auch für die Zurücknahme (vgl. § 476 Anm. 3).

§ 498 S. 548 Anm. 1 Z. 10: Das Urth. d. RG. ist jetzt abgedruckt RG. XV S. 211.

§ 500 S. 551 Anm. 1 Abs. 2 Z. 3: Zustimmend auch RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 2 Nr. 120. A. M. Rocholl in Busch, Zeitschr. X S. 299 ff.;

ebenda Anm. 3 a. E.: A. M., obgleich der Unterschied ein rein formeller, RG. in Gruchot, Beitr. XXX S. 161.

S. 552 Anm. 4 Z. 4: Das dem RAnz. entnommene Urtheil ist jetzt auch RG. XVI S. 311 abgedruckt.

Allg. Bem. z. Zweiten Abschnitt S. 562 Anm. 1 a. E.: Rocholl, „Die Revision und ihre Grenzen" in Busch, Zeitschr. X S. 285 ff.

§ 507 S. 563 Anm. 2 a. E.: A. M. Rocholl a. a. O. S. 296.

§ 508 S. 564 Anm. 3 Abs. 1 Z. 6 ist noch anzuführen: RG. in Seuffert, Arch. 41 Nr. 246, ob.LG. f. Bayern das. Nr. 247.

Abs. 2 Z. 5 ist noch anzuführen: Rocholl a. a. O. S. 297.

Abs. 4 Z. 4 v. unten hinter „Anm. 4" einzuschalten: Rocholl a. a. O. S. 297.

Abs. 4 a. E.: ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 42 Nr. 74.

S. 565 Anm. 3 Abs. 2 Z. 7 v. unten: D. Urth. d. RG. ist jetzt abgedruckt RG. XV S. 405.

§ 510 S. 566 Anm. a. E.: Eine auf Grund des § 11 getroffene Entscheidung ist für die Frage der Zulässigkeit der Revision auf Grund des § 509 Nr. 2 nicht bindend (vgl. § 11 Anm. 1).

§ 511 S. 567 Anm. 4 Z. 9 ist in der Klammer beizufügen: A. M. Rocholl a. a. O. S. 306.

S. 568 Anm. 4 Abs. 3 Z. 4: Zustimmend auch Rocholl a. a. O. S. 304;

ebenda Z. 3 v. unten: A. M. auch Rocholl a. a. O. S. 304 ff.

S. 569 Anm. 5 Abs. 1 Z. 3: A. M. auch Rocholl a. a. O. S. 307.

Anm. 6 Abs. 2: Zustimmend auch ob.LG. f. Bayern in Seuffert, Arch. 41 Nr. 249;

ebenda a. E.: A. M. auch Rocholl a. a. O. S. 305;

S. 570 Anm. 8 Abs. 2 a. E.: Rocholl a. a. O. S. 291, 292, 294, welcher mit Recht die theilweise weitergehende Rechtsprechung des RG. angreift.

§ 512 S. 570 Anm. 1 Abs. 3 Z. 2 a. E. ist hinter „nicht" einzuschalten: in die Gesetzsammlung nicht aufgenommene Kabinetsordres (RG. XVI S. 212) oder;

S. 572 Anm. 7 a. E.: und Rocholl a. a. O. S. 312, welcher die Revision noch weiter einschränkt.

§ 513 S. 573 Anm. 2 Abs. 1 vorletzte Z.: A. M. bezw. der Ernennung eines unfähigen — nicht eines ausgeschlossenen — Richters Planck I S. 114.

S. 575 Anm. 7 Abs. 2: Ebenso RG. XVI S. 393.

ebenda Anm. 9 vorletzte Z. ist in der Klammer beizufügen: Rocholl a. a. O. S. 326, welcher die zu weit gehende Anwendung des § 513 Nr. 7 in der Rechtsprechung des RG. kritisirt.

§ 516 S. 577 Anm. 2 Z. 3 ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 344.

S. 578 Anm. 6 letzte Z. ist in der Klammer beizufügen: Rocholl a. a. O. S. 322.

S. 579 Anm. 8 a. E.: und Rocholl a. a. O. S. 332 Anm. 33.

§ 524 S. 582 Anm. 3 Abs. 1 a. E.: (vgl. RG. XV S. 410).

§ 530 S. 591 Anm. 1 a. E.: Der Beschluß des RG. ist jetzt abgedruckt RG. XV S. 424.

§ 531 S. 594 Anm. 3 Z. 3 v. unten ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 317.

§ 532 S. 597 Anm. 5 Z. 4 ist hinter „vorliegen" einzuschalten: (So auch Seuffert Anm. 3. A. M. RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S 188 Nr. 3).

§ 538 S. 601 Anm. 1 a. E.: A. M. (wohl mit Recht) RG. XVI S. 323.

§ 539 S. 602 Anm. 1 a. E.: Auf Beschwerden wider die Festsetzung der Zeugen- und Sachverständigen-Gebühren nach § 17 d. GO. f. Z. u. S. durch einen beauftragten oder ersuchten Richter findet § 539 nicht Anwendung (RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 36, OLG. Kiel in D. J.-Ztg. 1880 S. 74, Gaupp II S. 299, 600 Anm. 1, Petersen § 539 Nr. 2 a. E., Wilm. Levy § 365 Anm. 3 u. A. A. M. Hoffmann in Jur. Wochenschr. 1886 S. 52 ff., OLG. Colmar in Zeitschr. f. Els.-Lothr. X S. 223 ff.).

Allg. Bem. z. Vierten Buch S. 605 Anm. 1 Z. 9 ist hinter „Renaud" einzuschalten: Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwickelung. Leipzig 1886.

§ 543 S. 611 Anm. 9 Abs. 4 Z. 4 ist hinter der Klammer einzuschalten: Für den Beweis der Ausstellungszeit der Urkunde selbst sind übrigens Zeugen zulässig (RG. XVI S. 436).

ebenda a. E.: Ueber das Verhältniß eines inländischen zu einem kollidirenden auswärtigen Urtheile s. Kohler in Busch, Zeitschr. X S. 469, 470.

§ 553 S. 618 Anm. 1 muß es i. A. heißen: Abs. 1; am Schlusse ist hinzuzusetzen: Vgl. RG. in Gruchot, Beitr. XXXI S. 101.

Allg. Bem. z. Fünften Buch S. 621 Anm. 2 Abs. 2 a. E. ist zur Literatur beizufügen: Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß. Leipzig 1887.

§ 555 S. 622 Anm. 1 Abs. 1 Z. 5 ist hinter „preuß. Recht" einzuschalten: [A. M. Falkmann in Busch, Zeitschr. X S. 374 ff.].

Z. 6 ist hinter „gem." einzuschalten: (vgl. OLG. Braunschweig in Seuffert, Arch. 41 Nr. 252).

S. 623 Anm. 2 Abs. 1 ist in der Klammer noch zu erwähnen: OLG. Celle in Seuffert, Arch. 42 Nr. 77.

§ 565 S. 635 Anm. 3 Abs. 1 a. E.: Ein Uebergang vom Wechselprozeß in den regelmäßigen Urkundenprozeß ist zulässig (RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 269 Nr. 13.

Allg. Bem. z. Sechsten Buch S. 638 Anm. 2 a. E.: Vgl. Peters, Die Ehescheidung und die Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung der Ehe im Geltungsbereich des Preuß. ALR. Abschn. 1. Berlin 1886.

§ 575 S. 646 Anm. 1 Abs. 2 a. E.: OLG. Hamburg in Seuffert, Arch. 41 Nr. 253.

§ 578 S. 650 Anm. 3 Z. 5: Abweichend auch OLG. Jena in Seuffert, Arch. 42 Nr. 78.

§ 581 S. 653 Anm. 1 vorletzte Z.: Zustimmend RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 41 Nr. 17.

Anm. 2 i. A. einzuschalten: — „Thatsachen" — Dazu gehören auch Einreden (OLG. Rostock in Seuffert, Arch. 42 Nr. 36).

Allg. Bem. z. zweiten Abschnitt S. 660 Anm. 3e Z. 2 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 113 Nr. 11.

§ 593 S. 660 Anm. 1 a. E. ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 236.

§ 640 S. 695 Anm. 3 letzter Abs. i. A.: Vgl. auch RG. in Jur. Wochenschr. 1886 S. 270.

§ 645 S. 702 Anm. 5 a. E.: Ein nicht in der gesetzlichen Frist oder nicht in der gesetzlichen Form eingelegtes, also unzulässiges Rechtsmittel (vgl. § 497) hemmt nicht die Rechtskraft (vgl. Sturm in Gruchot, Beitr. XXX S. 838 ff.). Vgl. auch §§ 497 Anm. 3, 646 Anm. 5.

§ 646 S. 704 Anm. 4 Abs. 2 a. E.: Mit der Verkündung des Urtheils der höheren Instanz hört die Anhängigkeit in derselben auf [A. M. Kammerg. (Berlin) in Busch, Zeitschr. XI S. 104. Vgl. jedoch die Bem. des Einsenders das. S. 505 ff.].

Anm. 5 Abs. 2 a. E.: Dasselbe gilt von einem nicht in der gehörigen Form eingelegten Rechtsmittel (vgl. d. Zusatz zu § 645 Anm. 5).

§ 647 S. 706 Anm. 6 als neuer Absatz: Nach der allgemeinen Fassung des Abs. 2, welcher die Mot. nicht entgegenstehen, ist ein Rechtsmittel auch nach der Rücksicht ausgeschlossen, ob die Bedingungen zur Anwendung des § 647 vorliegen (A. M. RG. in Gruchot, Beitr. XXXI S. 108; vgl. jedoch § 320 Anm. 3).

§ 660 S. 718 ist zur Literatur noch anzuführen: Böhm, Handbuch des Rechtshülfeverfahrens S. 165 ff., Kohler in Busch, Zeitschr. X S. 449 ff.

S. 719 Anm. 1 Abs. 2 Z. 4: A. M. auch OLG. Dresden in Seuffert, Arch. 42 Nr. 79.

§ 661 S. 721 Anm. 1 Abs. 1 a. E.: Wegen ausländischer Urtheile über inländische Staatsakte vgl. Kohler a. a. O. S. 456 ff.

Abs. 2 Z. 4: A. M. auch Böhm a. a. O. S. 168 Anm. 2.

S. 722 Anm. 4 vorletzte Z. ist in der Klammer beizufügen: s. auch Kohler a. a. O. S. 455 ff.

Anm. 6 Z. 3 v. unten: Zustimmend auch Böhm a. a. O. S. 174;

ebenda Z. 6 ist a. E. der Klammer beizufügen: Kohler a. a. O. S. 472 ff.

S. 724 Anm. 10 Abs. 2 Z. 4: Zustimmend auch Böhm a. a. O. S. 177.

S. 725 Anm. 10 Abs. 2 Z. 2 ist in der Klammer hinzuzufügen: RG. XVI S. 434;

ebenda ist am Schluß des Abs. 2 hinzuzusetzen: Dagegen ist der Gerichtsvollzieher nicht dergestalt Vertreter des Gläubigers, daß seine Kenntniß (Dolus) dem Letzteren schadet (ungedruckte Entsch. d. RG. v. 5. April 1887).

Z. 7: Zustimmend auch Böhm a. a. O. S. 180 ff., Kohler a. a. O. S. 466;

ebenda letzte Z. ist hinter „Schriftsteller" einzuschalten: sowie Kohler a. a. O. S. 464 ff.

Anm. 12 letzte Z.: Vgl. auch Böhm a. a. O. S. 182 ff.

§ 665 S. 729 Anm. 1 Z. 7 ist in der Klammer noch anzuführen: RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 1 S. 22.

S. 730 Anm. 2 Abs. 1 Z. 3 sind als zustimmend noch anzuführen: Sommer in Gruchot, Beitr. XXX S. 371 ff., Habicht in Busch, Arch. f. HR. XLVI S. 357 ff.

§ 671 S. 735 Anm. 3 Abs. 3 Z. 3: Statt „Kühning das. VIII S. 519 ff." ist zu setzen: A. M. die von Krihning das. VIII S. 517 mitgetheilten Beschlüsse; s. jedoch die Red.-Bem. das. S. 518 ff.

§ 674 S. 738 Anm. 1 Abs. 2 Z. 8 ist hinter „70" einzuschalten: RG. XVI S. 396 ff. (verein. Civils.);

ebenda Abs. 3 Z. 4: Die Entscheidung ist jetzt abgedruckt RG. XVI S. 396 ff.

§ 684 S. 745 Anm. 3 a. E.: Wegen der (fakultativen) mündlichen Verhandlung gilt das §§ 119 Anm. 4, 312 Anm. 4 Gesagte (A. M. LG. Bremen in Busch, Zeitschr. X S. 396 ff.).

§ 685 S. 746 Anm. 1 letzte Z. ist in der Klammer beizufügen: RG. XVI S. 319, 346.

S. 747 Anm. 1 Abs. 1 a. E.: OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 42 Nr. 80.

§ 690 S. 754 Anm. 2 a. E.: Gegen Voß u. Bunsen auch RK. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 113 Nr. 13.

§ 697 S. 765 Anm. 3 Z. 2 ist in der ersten Klammer einzuschalten: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 68 Nr. 14.

§ 714 S. 789 Anm. 2 Abs. 1 Z. 5 ist hinter „Sachen" einzuschalten: (vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 189 Nr. 5).

§ 715 S. 794 Anm. 10 a. E.: Vgl. auch v. Cuny in Busch, Zeitschr. X S. 272 ff. Die Gegenseitigkeit (Abs. 3 d. Ges.) ist verbürgt zwischen dem D. Reich u. Oesterreich-Ungarn durch Erklärung v. 17. März 1887 (RGBl. S. 153).

§ 730 S. 806 Anm. 3 Z. 2 in der Klammer: A. M. Roller in Busch, Zeitschr. X S. 474 ff.

S. 807 Anm. 6 vorletzte Z.: A. M. auch Förster (Eccius) III S. 531, Roller a. a. O. S. 478 ff.

§ 754 S. 836 Anm. 1b Z. 2 v. u.: Ist das Reichspatent einer nicht im Deutschen Reich wohnenden Person ertheilt, so kann es von einem deutschen Gericht nicht gepfändet werden (Seligsohn im Patentblatt 1886 Nr. 6).

Streitigkeiten darüber, ob gepfändete Forderungsrechte unter § 749 fallen, sind im Wege des § 685 zu entscheiden (RG. XVI S. 319; vgl. § 685 Anm. 1).

§ 757 S. 841 Anm. 5: Vgl. auch Wolff, Die Eintragung in das Grundbuch zur Vollstreckung einer Forderung ꝛc. Berlin 1886.

§ 764 S. 846 Anm. 5 a. E.: OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 42 Nr. 81.

§ 775 S. 861 Anm. 1 a. E.: Wegen der Vollstreckung im Auslande s. Kohler in Busch, Zeitschr. X S. 449 ff.

§ 778 S. 863 Anm. 1 vorletzte Z. ist hinter „Nr. 156" einzuschalten: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 94 Nr. 6.

§ 807 S. 892 Anm. 1 Abs. 2 Z. 5 muß es statt „VIII" heißen: VII.

§ 809 S. 895 Anm. 6 Abs. 1 a. E.: Einige wichtige praktische Fragen behandeln Jastrow in Busch, Zeitschr. X S. 275 ff. und Falkmann das. XI S. 72 ff. Beide sind (gegen Petersen a. a. O. S. 107) einig, daß die Versäumung der Frist als Resolutiv-Bedingung wirkt, jedoch nur hinsichtlich der materiellen Wirkungen der Zwangsvollstreckung; zur Beseitigung der äußeren Erscheinungsformen bedürfe es noch einer ausdrücklichen Aufhebung durch die zuständige Behörde. Mehrfach abweichend Marcus in Gruchot, Beitr. XXXI S. 37 ff.

§ 859 S. 943 Anm. 5 Z. 7 ist hinter „wenn" einzuschalten: die Schiedsrichter über die Person des von ihnen nach dem Schiedsvertrage zu wählenden Obmanns sich nicht einigen können (OLG. Stuttgart in Seuffert, Arch. 42 Nr. 30), oder wenn.

§ 867 S. 948 Anm. 1 vorletzte Z. ist in der Klammer einzuschalten: (RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 189 Nr. 6) u. letzte Z. a. E. beizufügen: Auch ist die Vereinbarung eines schiedsrichterlichen Instanzenzuges nicht ausgeschlossen (RG. a. a. O.)

S. 949 Anm. 2 Z. 3 ist in der Klammer beizufügen: RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 68 Nr. 15.

EG. z. CPO. § 4 S. 957 Anm. 1 a. E.: Eine bloße Beschränkung des Rechtsweges (vgl. GVG. § 13 Anm. 3) ist durch § 4 nicht verboten (RG. 3. StrSen. in RAnz. 1887 bes. Beil. 2 S. 161, 2. CivSen. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 92 Nr. 2).

§ 6 S. 964 Anm. 2 a. E.: Die Begründung des Ges. v. 24. Juni 1886 s. in Busch, Zeitschr. X S. 440 ff.

GVG. § 2 S. 988 Anm. 2 Abs. 2: Eine Sammlung der in den Bundesstaaten geltenden Vorschriften giebt Schollat, Die jur. Prüfungen und der Vorbereitungsdienst zum Richteramte. Berlin 1886.

§ 13 S. 1000 Anm. 1 Abs. 4 a. E.: RG. XVI S. 37 (Rückerstattung v. Zollgefällen).

S. 1002 Anm. 3 Abs. 1: Vgl. RG. im RAnz. 1887 bes. Beil. 2 S. 161.

S. 1003 Anm. 6 Z. 4: Vgl. auch Vertrag mit Zanzibar v. 20. Dez. 1885 Art. XVI (RGBl. S. 886 S. 261), Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der Deutschen Schutzgebiete v. 17. April 1886 §§ 2, 3 (RGBl. S. 75).

Anm. 7 Abs. 1 a. E. ist nachzutragen: Ges. v. 5. Mai 1886 §§ 50—54.

§ 17 S. 1010 Anm. 3 Z. 4 ist hinter der Klammer einzuschalten: dürfen auch nicht die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs unentschieden lassen und unter Voraussetzung dieser Zulässigkeit in der Sache selbst ein Urtheil abgeben (RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 61 Nr. 81).

§§ 18—21 S. 1012 Anm. 3 Z. 5 in der Klammer: s. auch d. Ges. Entw. in d. Reichstagsverhandl. I Sess. 1884/5. Bd. 5 Anlagen Nr. 114 S. 117 u. Sten. Ber. Bd. 2 S. 1139 ff.

Allg. Bem. z. Tit. 3 S. 1015 Anm. 2 Z. 7 sind noch beizufügen: Ges. v. 24. Febr. 1881 (GS. S. 139), Kreisordn. f. Hessen-Nassau v. 2. Juni 1885 § 118 Abs. 1 (GS. S. 193), Ges. v. 7. April 1886 (GS. S. 113), Ges. v. 12. April 1887 (GS. S. 114).

ebenda letzte Z.: Ges. v. 10. März 1886 (GS. S. 41), v. 18. März 1887 (GS. S. 17), v. 9. April 1887 (S. 113).

§ 23 S. 1019 Anm. 6 Abs. 3 Z. 1 vor „Fassung": nunmehr statt jenes § 108 — was allerdings streitig — allein entscheidenden.

§ 66 S. 1050 Anm. 2 Z. 3: D. Urth. d. RG. ist jetzt auch RG. XVI S. 413 abgedruckt.

§ 70 S. 1035 Anm. 5 a. E.: Ebenso in den Fällen d. HGB. Art. 190 a, 222 (u. 222 a) in der Fassung der Nov. v. 18. Juli 1884.

S. 1036 Anm. 7 Abs. 4 a. E.: Auf Staatsbeamte, welche nur als privatrechtliche Vertreter des Staats handeln, bezieht sich die Bestimmung nicht (RG. in Jur. Wochenschr. 1887 S. 92 Nr. 1);

§ 100 S. 1043 Anm. 4 a. E.: Nach Justizstatistik II S. 8 nicht 67, sondern 81 Kammern bei 60 Landgerichten.

§ 101 S. 1043 Anm. 2 ist statt „in der Fassung v. 29. Mai 1885 (RGBl. S. 176)" zu setzen: in der Fassung v. 3. Juni 1885 (RGBl. S. 179).

§ 137 S. 1066 Anm. 1: Die Materialien des Ges. v. 17. März 1886 s. in Busch, Zeitschr. IX S. 537, X S. 170.

§ 141 S. 1069 Anm. 3 Z. 3: § 13 d. Geschäftsordn. ist in Folge des Ges. v. 17. März 1886 (s. § 137 Anm. 1) geändert laut Bekanntmachung v. 25. Juli 1886 (Centralbl. 1886 S. 300). Einen Abdruck der Geschäftsordn. mit dieser Abänderung s. in Busch, Zeitschr. X S. 442 ff.

§ 172 S. 1091 Anm. 3 Z. 2 ist in der Klammer einzuschalten: RG. XVI S. 393.

§§ 178, 179 S. 1095 Anm. 4 Z. 8: Auch der Richter selbst darf bei der Vollstreckung mitwirken (RG. in StrS. XV S. 230 ff.).

Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seitenzahlen.)

A.

E.

G.

H.

L.

M.

N.

U.

V.

W.

Z.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke) in Berlin N.

6/03

Struckmann, Johannes, 1829-1899 / Struckmann, Johannes, / Koch, Richard,

Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen

Berlin und Leipzig 1887